

El derecho y la justicia

Edición de
Ernesto Garzón Valdés
Francisco J. Laporta

Editorial Trotta
Consejo Superior de Investigaciones Científicas

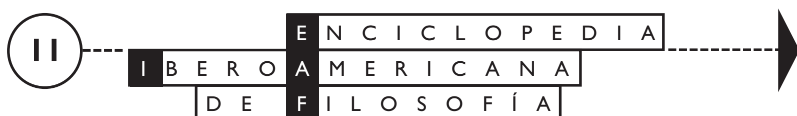


El derecho y la justicia

El derecho y la justicia

Edición de
Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta

Editorial Trotta
Consejo Superior de Investigaciones Científicas



Primera edición: 1996
Segunda edición: 2000

Ferraz, 55. 28008 Madrid
Teléfono: 91 543 03 61
Fax: 91 543 14 88
E-mail: editorial@trotta.es
http://www.trotta.es

Departamento de Publicaciones
Vitruvio, 8. 28006 Madrid
Teléfono: 91 561 62 51
Fax: 91 561 48 51
E-mail: publ@orgc.csic.es

Diseño
Joaquín Gallego

ISBN: 978-84-87699-48-1 (Obra completa)
ISBN (edición digital pdf): 978-84-9879-394-9 (vol. 11)

La Enciclopedia IberoAmericana de Filosofía es un proyecto de investigación y edición, puesto en marcha por el Instituto de Filosofía del Consejo Superior de Investigaciones Científicas (Madrid), el Instituto de Investigaciones Filosóficas de la Universidad Autónoma de México y del Centro de Investigaciones Filosóficas (Buenos Aires), y realizado por filósofos que tienen al español por instrumento lingüístico.

Existe una pujante y emprendedora comunidad filosófica hispanoparlante que carece, sin embargo, de una obra común que orqueste su plural riqueza y contribuya a su desarrollo. No se pretende aquí una enciclopedia de filosofía española sino articular la contribución de la comunidad hispanoparlante a la filosofía, sea mediante el desarrollo cualificado de temas filosóficos universales, sea desentrañando la modalidad de la recepción a esos temas filosóficos en nuestro ámbito lingüístico.

La voluntad del equipo responsable de integrar a todas las comunidades filosóficas de nuestra área lingüística, buscando no sólo la interdisciplinariedad sino también la internacionalidad en el tratamiento de los temas, nos ha llevado a un modelo específico de obra colectiva. No se trata de un diccionario de conceptos filosóficos ni de una enciclopedia ordenada alfabéticamente sino de una enciclopedia de temas monográficos selectos. La monografía temática permite un estudio diversificado, como diverso es el mundo de los filósofos que escriben en español.

Queremos dejar constancia del agradecimiento debido a quienes formaron parte del Comité Académico, haciendo posible este proyecto, y que han fallecido: Carlos Alchourrón, Ezequiel de Olaso, J. L. López Aranguren, Fernando Salmerón y Javier Sasso.

La Enciclopedia IberoAmericana de Filosofía es el resultado editorial de un Proyecto de Investigación financiado por la Comisión Interministerial de Ciencia y Tecnología y por la Dirección General de Investigación Científica y Técnica del Ministerio de Educación y Ciencia. Cuenta también con la ayuda de la Consejería de Educación y Cultura de la Comunidad de Madrid.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN

Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta

Dedicamos este volumen
a la memoria de
Carlos E. Alchourrón
y a Carlos S. Nino

No por deformación o chauvinismo profesional, sino por mor de la verdad, puede afirmarse que la filosofía del derecho es uno de los campos más fascinantes del quehacer filosófico. Ello se debe posiblemente a que, por su objeto mismo, no sólo se ocupa de problemas teóricos más o menos especulativos, sino que se ve también obligada a entrar en contacto con la realidad social en uno de sus aspectos más inquietantes: el de la regulación del comportamiento humano a través de la coacción.

Esta doble visión teórica y práctica, a la vez que enriquece el ámbito de sus intereses, fuerza al pensamiento jurídico a ser especialmente sensible tanto a una gran diversidad de construcciones científicas y filosóficas como a los cambios que en la realidad social se operan incesantemente. No puede, pues, sorprender que en la filosofía del derecho contemporánea estén presentes las influencias de muchas variantes del pensamiento filosófico actual, y que en ella se noten también las huellas de las transformaciones sociales de nuestro tiempo.

El presente volumen pretende, por una parte, dar cuenta de esa doble característica desde la perspectiva de algunos representantes significativos del pensamiento jurídico en lengua española. Una publicación de este tipo —obvio es decirlo— intenta ofrecer tan sólo un panorama necesariamente incompleto de una compleja y variada realidad filosófica, y ello no sólo por lo que respecta a los autores sino también por lo que atañe a las diferentes corrientes de pensamiento. Incluir sólo a la mayoría de los autores relevantes hubiera supuesto aumentar la rela-

ción de colaboradores en unos términos imposibles de asumir. Por su parte, dar cuenta de todas las corrientes actuales hubiera requerido un espacio considerablemente mayor incluso que el contenido en este grueso volumen, que ya es doble en virtud de las coordenadas —«derecho» y «justicia»— del primitivo plan general de la *Enciclopedia*.

Con todas estas limitaciones, los editores hemos perseguido configurar el libro concediendo una relevancia especial a ciertos temas centrales de la teoría y la filosofía del derecho actuales, presentándolos para ello de una forma conceptual y sistemática. En función de ello, hemos querido convocar a aquellos de nuestros colegas que se han ocupado con cierta preferencia de los problemas y cuestiones que conforman el temario de este volumen. Naturalmente, aunque creemos poder afirmar que todos los colaboradores incluidos son relevantes especialistas en su materia, no podemos desafortunadamente decir al mismo tiempo que están incluidos todos aquellos que lo son. Para recurrir al conocido lugar común, «son todos los que están, pero no están todos los que son». Cualquiera que conozca someramente el panorama de la filosofía jurídica iberoamericana echará en falta nombres y autores. Pero incluso la gran benevolencia del Comité Académico que dirige la obra se hubiera visto desbordada por una nómina tan numerosa como interesante. Aunque también hemos de afirmar que, en no pocos casos, las ausencias se han debido a que los autores tenían ya comprometidas colaboraciones en otros volúmenes de la propia *Enciclopedia*, e incluso tenían a su cargo la edición y dirección de algunos de ellos, lo que determina por tanto que ya hayan aparecido o vayan a aparecer en otros capítulos del proyecto general. En algunos otros casos, sin embargo, los propuestos han declinado nuestra invitación aduciendo motivos que siempre han sido importantes y genuinos.

Como editores, no sólo hemos procurado dar una visión razonablemente representativa del estado actual de la discusión filosófica en lengua española, sino que también hemos querido presentar textos que puedan ser útiles para la enseñanza universitaria de la filosofía y la teoría del derecho, y ofrecer así con ello puntos de partida, no sólo para proseguir la discusión y el análisis de los diferentes temas, sino también para facilitar la formación de filósofos y juristas a través de materiales aptos para la transmisión del conocimiento en el aula. Ésa es también la razón por la que, en lugar de una disposición meramente alfabética o formal del material, hayamos optado por configurar el volumen con los criterios sistemáticos que generalmente inspiran los programas universitarios en la materia. Esperamos así ofrecer también a los profesores un útil instrumento de trabajo. A tal fin, los diferentes artículos van agrupados en secciones que tratan de constituir unidades temáticas razonablemente homogéneas. En la sección I se presentan algunos de los diferentes tipos de conocimiento relativos al derecho. En la sección II, los marcos doctrinales y teóricos desde los que histórica y actualmente se pretenden aprehender los distintos problemas que suscita el derecho.

En la sección III se presentan los elementos fundamentales de la estructura de los sistemas jurídicos. La sección IV contempla los aspectos típicos de interpretación y aplicación del derecho desde perspectivas actuales. En la sección V se presentan algunos de los conceptos jurídicos fundamentales y de los problemas que suscitan en nuestro tiempo. La sección VI trata de explorar algunos de los dominios limítrofes del sistema jurídico mediante la indagación de cuestiones fundamentales para el derecho, como el problema de su normatividad o sus relaciones con la moral y con el poder. Por último, en la sección VII se abordan algunos de los problemas de legitimidad más característicos del derecho. Dentro de cada una de las secciones, los artículos están dispuestos de forma tal que se ponga de manifiesto un cierto hilo lógico interno, pretendiendo así que las secciones puedan ser leídas consecutivamente como una unidad. Que hayamos conseguido lo que pretendíamos es cosa que el lector juzgará, pero en todo caso nos hacemos responsables de ello. Ni siquiera es preciso decir que cada autor se ha expresado en su trabajo de acuerdo con sus criterios, sin que hayamos pretendido en ningún momento uniformidad de tipo alguno.

La filosofía del derecho de habla española ha superado ya hace tiempo el ámbito estrecho del provincianismo. Muchos profesores, tanto de España como de América Latina, participan activamente en la discusión académica internacional y mantienen entre sí y con el resto de la comunidad científica un diálogo permanente presidido por las exigencias de calidad y rigor. Libros y ensayos de no pocos de ellos han sido traducidos al inglés, al alemán, al francés o al italiano, y no es tan raro verlos desarrollar actividades docentes e investigadores, eventuales o estables, en universidades de todo el ámbito europeo y norteamericano. Este intenso diálogo internacional se hace además desde una reflexión y elaboración propias, tomando en cuenta las corrientes más vivas de las demás comunidades científicas pero sin limitarse a ser una mera recepción pasiva de teorías y construcciones concebidas en otras latitudes. En este sentido, no es aventurado afirmar que la comunidad filosófico-jurídica hispanoparlante está recuperando actualmente el espíritu que caracterizara a los juristas españoles del siglo XVI o a los filósofos ilustrados del siglo XVIII. Y está también heredando con vigor y originalidad aquel talante supranacional que caracterizó siempre a sus más importantes antecedentes contemporáneos: juristas y filósofos como Carlos Cossio, Eduardo García Máynez, Manuel García Pelayo, Ambrosio Gioja, Enrique Gómez Arboleya, Felipe González Vicén o Miguel Reale.

Un buen número de publicaciones periódicas se sustentan hoy día en ese diálogo iusfilosófico que habla en lengua española. En España se publican actualmente no menos de seis revistas especializadas en los temas propios de la filosofía y la teoría del derecho: *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, *Anuario de Derechos Humanos*, *Anuario de Filosofía del Derecho*, *Derechos y Libertades*, *Doxa*, *Persona y Derecho*.

Una somera enumeración de las revistas latinoamericanas tendría que incluir, por lo menos, las siguientes: *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* (Santiago de Chile), *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* (Buenos Aires), *Archivos Latinoamericanos de Metodología y Filosofía del Derecho* (Valencia, Venezuela), *Crítica Jurídica* (Puebla/Ciudad de México), *Isonomía*, (Ciudad de México). No faltan, tampoco, en ambos lados del Atlántico, algunas colecciones de libros y monografías que sirven de vehículo especializado a toda esa elaboración intelectual.

Pues bien, una parte de todo este actual florecer intelectual es lo que hemos querido representar en este volumen de la *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*. Su período de gestación y elaboración ha sido largo y, a veces, complejo. No ha sido fácil coordinar y urgir a tantos colegas. Quienes más madrugaron han tenido que esperar mucho para ver su trabajo publicado. Nuestras disculpas, y nuestro agradecimiento a todos; también a Silvina Álvarez, cuya laboriosidad y competencia han hecho posibles pruebas e índices. Mientras se preparaba el volumen, la filosofía del derecho, y no sólo ella, sino también la cultura, el pensamiento y la ciencia iberoamericana han sufrido dos pérdidas irreparables: el 29 de agosto de 1993 fallecía en La Paz (Bolivia) Carlos S. Nino; el 13 de enero de 1996, en Buenos Aires (Argentina), nos dejaba para siempre Carlos Alchourrón. No es exagerado afirmar que se trataba de dos de las inteligencias más altas y de las mentes más profundas de nuestra filosofía jurídica, ante las cuales la gran mayoría de nosotros no nos podemos sentir sino discípulos y aprendices. Los editores de este volumen —que recoge escritos póstumos de ambos— creemos hacernos eco del sentir de todos sus colaboradores al dedicar sus trabajos a la memoria de estos dos insignes pensadores argentinos, que fueron, además, nuestros inolvidables amigos.

I
LAS CIENCIAS DEL DERECHO

CIENCIA JURÍDICA

Albert Calsamiglia

El término ciencia jurídica ha sido utilizado a lo largo de la historia con significados muy diversos. Una de sus propiedades más sobresalientes es su carácter controvertido. No existe acuerdo en la comunidad jurídica acerca de cuáles son sus métodos ni sus objetivos. Para algunos, la ciencia jurídica debería ser un conocimiento objetivo y neutral (Kelsen, 1960; Salmond, 1966). Para otros, el conocimiento debería ofrecer soluciones a los problemas prácticos (Dworkin, 1993). Para algunos, lo que usualmente se denomina ciencia jurídica es una técnica, mientras que para otros no es más que una pseudociencia que tiene funciones ideológicas. También es frecuente que exista asimetría entre el programa de la ciencia jurídica y lo que en realidad ofrece (sobre este problema, cf. Alchourrón y Bulygin, 1971; Atienza, 1985; y Atienza y Vernengo, 1986).

Una primera aproximación nos llevaría a considerar que la ciencia jurídica es aquel saber que trata de describir el derecho positivo. Sin embargo, existe una gran diversidad de conocimientos que tratan algún aspecto del derecho, y en este sentido muy amplio podría hablarse de muchas ciencias jurídicas, es decir, de muchos saberes jurídicos que tratan de conocer algunos aspectos interesantes del derecho. Por ejemplo, la dogmática jurídica, la sociología del derecho o la filosofía del derecho son disciplinas que tienen como objeto el derecho, pero lo estudian desde perspectivas distintas.

En un sentido más estricto, se denomina ciencia jurídica a aquella disciplina que trata de conocer el derecho desde el punto de vista normativo, es decir, tiene como objeto la descripción del aspecto normativo del derecho o, mejor, el derecho visto como conjunto de normas (Kelsen, 1960).

La mayoría de las teorías jurídicas se han autopresentado como la verdadera ciencia jurídica. Sin embargo, los epistemólogos e incluso los propios juristas han cuestionado no sólo el progreso de la ciencia ju-

rídica sino también su justificación. También el hombre de la calle ha mostrado su desconfianza ante el saber jurídico, como han mostrado brillantemente Montaigne o Goethe.

Quisiera iniciar el análisis mostrando el carácter problemático de la ciencia jurídica, poniendo de manifiesto cuáles son los obstáculos y, por tanto, señalando algunas de las causas que producen el debate permanente. El siguiente paso será analizar el paradigma básico de la ciencia jurídica en sentido estricto y sus límites. Por último, mostraré cuáles son las perspectivas de la ciencia jurídica en la actualidad y cuáles son los principales problemas a afrontar.

Algunos obstáculos

El primer obstáculo es la propia expresión «ciencia jurídica», que es ambigua porque tiene una variedad de significados y, además, imprecisa y vaga sea porque las propiedades que connota no están determinadas exhaustivamente —vaguedad intensional—, sea a causa de la indeterminación parcial de la extensión del concepto —vaguedad extensional—. Por otra parte, el término «ciencia jurídica» está cargado de fuerza emotiva en tanto en cuanto la ciencia sugiere respeto y aprobación. La ambigüedad, vaguedad y emotividad del término constituyen serios obstáculos para su delimitación.

Cuando se habla de ciencia jurídica normalmente se hace referencia a una concepción unitaria. Un análisis de las tradiciones jurídicas contemporáneas muestra que las diversas escuelas sostienen concepciones de la ciencia jurídica y de su objeto radicalmente distintas. Se podría considerar paradójica la falta de unidad de la ciencia jurídica. Muchos analistas sostienen la pluralidad de las ciencias jurídicas y que la paradoja se diluye si uno es consciente de que bajo el mismo nombre se trata de objetos y problemas distintos (Nino, 1994).

De hecho, lo que ocurre es que el derecho como objeto material puede ser estudiado desde perspectivas distintas y cada una de estas perspectivas constituye una teoría parcial del mismo.

De una manera muy general se podría afirmar que las diversas escuelas han construido un conjunto de teorías cuyo objeto es el derecho, pero los problemas y los métodos que utilizan son distintos porque seleccionan diversos objetos formales. Si se sostiene el esencialismo conceptual —según el cual los conceptos existen idealmente y son independientes de nuestras convenciones—, los problemas son irresolubles; pero si nos tomamos el convencionalismo en serio no existe ningún problema en admitir que se construyen aparatos conceptuales en función de las necesidades de la investigación, y como las preguntas y problemas son diferentes, los aparatos conceptuales para ser adecuados serán también diferentes (Nino, 1994).

Otro obstáculo viene determinado por la crítica de la que ha sido objeto tradicionalmente la ciencia jurídica. El alegato más famoso en

contra de la cientificidad del saber jurídico se encuentra en la célebre conferencia de Kirchmann, pronunciada en 1847 en una sociedad jurídica de Berlín, sobre la falta de valor de la Jurisprudencia como ciencia. Kirchmann sostuvo que tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura y que la jurisprudencia no es ciencia porque su objeto cambia. Con independencia de los fundamentos de la crítica —que ha sido superada—, Kirchmann supo mostrar un sentimiento compartido en la comunidad jurídica y su crítica constituye todavía hoy un punto de referencia importante (Kirchmann, 1961).

Norberto Bobbio —desde una perspectiva más rigurosa de filosofía de la ciencia— señaló que la concepción racionalista y la positivista de la ciencia han negado estatuto científico a la ciencia jurídica porque el saber jurídico no se podía incluir en esos modelos de ciencia. Estas concepciones propusieron nuevos saberes jurídicos, como el derecho natural, cuyo objeto son las leyes universales e inmutables que rigen la conducta humana, así como la sociología y la psicología jurídicas, que tienen como objeto hechos. Esos saberes son calificados como ciencia porque tienen la virtud de concordar con los modelos respectivos de ciencia. Bobbio explicó que desde estas perspectivas, la ciencia jurídica que cultivaban los juristas debería dejar de ser como es para convertirse en ciencia.

Es evidente que este hecho ha representado un obstáculo para el trabajo científico, puesto que se ha dedicado mucha más energía a la defensa de la posición que a profundizar y a desarrollar el propio conocimiento. Una de las características de los saberes en período de constitución científica es precisamente el acalorado debate metodológico, cuyos resultados producen grandes llamaradas pero muy pocas veces ofrecen nueva luz.

El modelo de Austin

Sin embargo, el estudio del derecho positivo siempre ha sido objeto de conocimiento. La ciencia jurídica moderna nace en el siglo XIX. La escuela de la exégesis en Francia, la escuela histórica en Alemania y la escuela analítica en Gran Bretaña —cada una de ellas con sus propias características— han sentado las bases sobre las cuales la ciencia jurídica se ha desarrollado hasta la actualidad. Pueden encontrarse precedentes importantes a la constitución de la ciencia jurídica, pero la generalización del enfoque teórico sólo se produce en el siglo XIX.

Tomaré a Austin como modelo de la concepción positivista.

John Austin —discípulo de Bentham y fundador de la escuela analítica— propuso un modelo de ciencia jurídica que puede considerarse paradigmático por su claridad y simplicidad. La ciencia general del derecho —según Austin— se divide en dos partes. En primer lugar, *la ciencia de la legislación*, cuyo objeto es conocer cómo debe ser el derecho. La ciencia de la legislación es una disciplina normativa, en el sen-

tido de que trata de buscar cuáles son las normas adecuadas para la regulación de la conducta social. Conviene señalar que esta disciplina ha sido cultivada especialmente por los filósofos y los políticos, mientras que los juristas en cuanto tales han tendido a considerar que esta disciplina no era la verdadera ciencia del derecho. En el modelo austiniano, la ciencia de la legislación estaba profundamente impregnada de la filosofía utilitarista, pero la ciencia de la legislación puede hacerse desde cualquier perspectiva de filosofía política.

En segundo lugar, frente a la ciencia de la legislación se encuentra otra disciplina que Austin denominaba jurisprudencia. En el ámbito anglosajón existe una fuerte resistencia a hablar de ciencia jurídica. El objeto de esta disciplina —al igual que la ciencia jurídica continental— es la descripción del derecho positivo, bien sea entendida como jurisprudencia particular —que al igual que la dogmática jurídica estudia el contenido de las normas de un ordenamiento normativo o un cierto sector del mismo, como el derecho de familia o el de los títulos valores—, o bien como jurisprudencia general, que a semejanza de la teoría del derecho continental expone los principios, conceptos y distinciones comunes a cualquier sistema jurídico. La jurisprudencia general constituye la parte conceptual de la ciencia general del derecho y sólo se ocupa de cómo es el derecho. Los juristas han dedicado especial atención a esta disciplina y la han considerado como su auténtico feudo. En el modelo austiniano la jurisprudencia debe mantenerse separada de la filosofía, de la política y de cualquier otra ciencia social. El ideal de neutralidad y rigor conlleva la despolitización de la jurisprudencia como un requisito necesario para el tratamiento rigurosamente científico de los problemas jurídicos (para esta discusión, cf. Kelsen, 1960 y Nino, 1994).

La escisión entre la ciencia de la legislación y la jurisprudencia ha sido establecida de tal forma que los filósofos se han ocupado de la primera y los juristas, de la segunda. No se propone un puente de comunicación entre cómo debe ser el derecho y cómo es el derecho. En el modelo austiniano, la ciencia general del derecho se compone de dos partes —normativa y conceptual—, que son independientes la una de la otra. La única comunicación posible va de la jurisprudencia a la ciencia de la legislación, porque para saber cómo debe ser el derecho es preciso conocer cómo es, pero la inversa no funciona, porque para saber cómo es el derecho no es necesario conocer cómo debe ser.

El paradigma austiniano de separación ha ocupado un lugar muy importante en la conceptualización de la ciencia jurídica contemporánea. La jurisprudencia y la dogmática continental se han desarrollado durante el siglo XIX y XX de una forma extraordinaria, hasta llegar a ser la ciencia jurídica por excelencia. Ha ocupado y todavía ocupa un lugar fundamental y privilegiado en la transmisión del conocimiento jurídico y en la enseñanza.

La falta de comunicación entre la ciencia de la legislación y la jurisprudencia ha sido considerada como una condición necesaria para la

existencia de una ciencia jurídica rigurosa y objetiva (Kelsen, 1960). Muy a menudo, la ciencia jurídica ha sido sierva del poder y ha tratado de cubrir con el cinturón protector de la ciencia intereses políticos muy determinados. En el paradigma austiniano se exige la neutralidad, es decir, la abolición de la utilización de la ciencia para objetivos distintos al cognoscitivo, lo que se supone eliminado por la exclusión de los problemas prácticos y políticos del ámbito de la ciencia jurídica. La exigencia de neutralidad ha sido defendida por autores como Kelsen, Hart, Ross, Alchourrón y Bulygin. Desde esta perspectiva la ciencia jurídica tiene como finalidad la descripción de su objeto, el derecho. Su punto de vista es el del observador que trata de ofrecer mediante un esquema conceptual cuáles son los elementos fundamentales del derecho. Sus proposiciones son susceptibles de verdad o falsedad.

Sin embargo, en la práctica el proyecto austiano no siempre ha sido seguido con fidelidad, puesto que en muchas ocasiones los teóricos del derecho no sólo se han limitado a describir y explicar en su caso el derecho, sino que también han ofrecido propuestas de solución a los problemas de decisión que se plantean los jueces. Esto se ve claro en las reconstrucciones ofrecidas por Kelsen y Hart. Kelsen recurrió a la norma fundamental —que justifica hipotéticamente una normatividad—, Hart acude a la práctica social —la regla de reconocimiento— para fundamentar la validez de las normas. En el marco de estas teorías es imposible saber qué es una norma válida sin aceptar alguna fórmula basada en una norma clave —regla de reconocimiento o norma fundamental— que convierte a un hecho en un valor. Esto significa reconocer que existen compromisos normativos del propio científico en los presupuestos de su disciplina.

En síntesis, la ciencia jurídica trata de desarrollar un esquema que responda a la cuestión de qué es el derecho, pero los científicos del derecho en numerosas ocasiones tratan de responder con el mismo esquema conceptual descriptivista a problemas de decisión. En la medida en que se adentran en esta temática se diluye el dogma de la neutralidad, del rigor y de la objetividad.

Crítica al presupuesto de neutralidad

En la tradición analítica, la contaminación normativa de las proposiciones en las cuales se expresa la jurisprudencia ha sido en numerosas ocasiones denunciada, básicamente, porque se utiliza un concepto de validez de una norma que engloba aspectos descriptivos y normativos.

Vinculada con esta cuestión, otra distinción crucial —entre lenguaje legal y el de los juristas— no se ha mantenido de una forma rigurosa. La cuestión de la confusión conceptual entre lo descriptivo y prescriptivo en las propias herramientas utilizadas por la dogmática ha servido para otorgar a la ciencia jurídica funciones no sólo cognoscitivas sino también reformuladoras del derecho. Cada uno de estos argu-

mentos puede ser desarrollado para mostrar el fracaso de la separación absoluta entre la ciencia de la legislación y la jurisprudencia que el programa de Austin establecía.

Se ha discutido —desde otros puntos de vista— la neutralidad de la ciencia jurídica. El problema de la ciencia jurídica no sólo es de orden epistemológico, es decir, de evidenciar el carácter simbólico del derecho utilizando proposiciones descriptivas, sino que también es preciso tener en cuenta el hecho de que el derecho es el lenguaje del poder. Para algunos, las categorías jurídicas consagran en autoridad lo que no es nada más que poder en bruto. La ciencia jurídica tendría como función la construcción de categorías lógicas para la justificación del poder. Los proyectos que quieren establecer la diferencia entre el poder y el derecho tienen como base una petición de principio que tiene funciones de legitimación. Desde este punto de vista se considera que el proyecto positivista austiniano —construir una jurisprudencia independiente del poder— ha fracasado, tal y como ha denunciado el movimiento Critical Legal Studies. El argumento básico es que la distinción entre el derecho y la ciencia del derecho no se ha mantenido de forma suficientemente estricta como para que la ciencia jurídica no haya servido para modificar el derecho.

Otro argumento que pone en cuestión el positivismo moderno es la defensa de la tesis de la incompletud del derecho y la recomendación de acudir a la discreción judicial como criterio para resolver los casos difíciles. El positivista estricto no puede recomendar nada, sólo puede poner de manifiesto la ambigüedad de los materiales jurídicos. La toma de decisiones no es su asunto y ese aparato conceptual no sirve para eso. El positivista se traiciona cuando quiere ser relevante y dice cómo se debe actuar. En ese caso —que es muy frecuente— cae en la falacia naturalista (Nino, 1994).

La crisis del positivismo

Las escuelas positivistas han dominado el pensamiento durante más de un siglo. El modelo de ciencia general del derecho propuesto por Austin ha sido perfeccionado por muchos autores hasta un nivel de sofisticación considerable. En los últimos años se ha producido una reacción muy importante contra el positivismo. Actualmente, autores como Dworkin, Soper o más recientemente Nino han propuesto alternativas al pensamiento positivista.

Los críticos del positivismo sostienen que uno de los puntos de partida para su superación consiste en destruir la frontera que Austin había establecido entre la ciencia de la legislación y la jurisprudencia. En un famoso artículo sobre el problema de los fundamentos del razonamiento jurídico, Aarnio, Alexy y Peczenick sostienen que las viejas fronteras que habían caracterizado a la teoría jurídica contemporánea se desvanecen.

> [...] la escuela analítica, el realismo, o incluso las teorías que tienen como base la hermenéutica o alguna forma de derecho natural [...] sólo representan posiciones controvertidas que deben ser seleccionadas de tal forma que una no excluye a la otra. Los defectos de cada una de ellas son evidentes. La tarea de la teoría no consiste en seleccionar de entre ellas aquella que sea la más correcta, sino en poner de manifiesto qué parte de cada una de ellas permanece intacta. Este punto de vista debe conducir a una teoría jurídica comprensiva e integral (Aarnio, Alexy y Peczenick, 1981).

Las debilidades de la dogmática son evidentes. Por una parte pretende ser un saber descriptivo y no valorativo. Por la otra, busca ser relevante no sólo desde el punto de vista descriptivo sino también desde el punto de vista del participante. Ello le compromete en la tarea de recomendar soluciones a los problemas con los que se encuentra el participante, y entonces se desliza por la pendiente de la reformulación del derecho. Su función ya no sólo es descriptiva sino también prescriptiva. Pero la prescripción se hace en nombre de la ciencia y ello conlleva una función ideológica, en el sentido de que trata de presentar como resultado de una actividad cognoscitiva lo que es producto de la voluntad.

Alternativas al positivismo

La ciencia no puede resolver todos los problemas. No existe ninguna ciencia que no sea parcial. El modelo austiniano puede ser muy útil si lo que queremos hacer es analizar el derecho como un producto acabado, en el cual el científico no interviene sino que trata de describirlo. El modelo austiniano ha dado resultados excelentes, que culminan con la aportación de Alchourrón y Bulygin y sus seguidores, en tanto en cuanto han incorporado instrumentos lógicos y analíticos muy poderosos para la construcción de su teoría del sistema normativo.

Esa visión exige la separación entre la ciencia de la legislación y la jurisprudencia, entre el lenguaje legal y el de los juristas, entre la descripción y la prescripción. Pero ese modelo tiene sus límites, porque si con él tratamos de estudiar cómo debe decidir un participante entonces es inadecuado porque el aparato conceptual no está diseñado para ello (von Wright, 1993).

Los postpositivistas no se plantean cómo es el derecho, entendido éste como un producto acabado que tienen que describir, sino que sugieren que el problema importante es cómo se debe decidir, para lo cual es necesario una visión racional que ofrezca respuestas a los interrogantes del usuario. ¿Tiene el jurista algún aparato conceptual que permita resolver el problema?

Algunos autores —como por ejemplo Bulygin— desconfían de este tipo de planteamientos porque se alejan del ideal de toda ciencia: la neutralidad, el rigor y la objetividad. Son escépticos porque desconfían de las posibilidades cognoscitivas de la razón en el ámbito valorativo. Sin embargo, el escepticismo es una doctrina filosófica que no es auto-

evidente sino que también debe justificarse con argumentos filosóficos, y hoy está en el centro de la controversia filosófica.

En las doctrinas postpositivistas se dedica mucha atención a la crítica del dogma de la separación entre la ciencia de la legislación y la jurisprudencia, tal y como Austin lo sugirió. Una ciencia de la legislación debe ocuparse de investigar cuáles son los valores fundamentales que informan el derecho. Una teoría de la justicia no puede ser simplemente una cultura de adorno independiente, sino una parte sustancial de la ciencia de la legislación. Para que tenga una dimensión práctica la teoría del derecho necesita una teoría de este tipo.

La ciencia de la legislación no sólo debe informar a los legisladores sino también a todos los órganos de aplicación del derecho. Conviene mostrar que en los casos difíciles —en los cuales las normas no ofrecen respuestas seguras— se necesita una concepción de la justicia que proponga razones de peso para tomar una decisión en un sentido determinado. Entonces el puente entre la ciencia de la legislación y la jurisprudencia se restablece.

Pero una teoría de la legislación no sólo debe tener en cuenta los valores, sino también debe analizar quién es competente para dictar normas y cuáles son los límites de esta facultad. Además, es necesario poseer una teoría de la legitimidad —que constituye una parte esencial de una teoría de la legislación—, porque no toda autoridad competente es una autoridad legítima. Además, es preciso añadir que una ciencia de la legislación no se limita a proponer un contenido valorativo y una idea de la legitimidad. Como el derecho es uno de los sistemas de control social para alcanzar unos objetivos determinados, después de analizarlos se debe estudiar cuáles son los medios que más convienen para alcanzarlos. Para ello es preciso analizar las reacciones de los individuos, y prever hasta qué punto es correcto dictar normas que no van a ser seguidas por la mayoría de los ciudadanos. Obsérvese que para resolver este problema ya no se puede postular el aislamiento del análisis del derecho con respecto a las ciencias empíricas.

Los juristas y los legisladores acostumbran a despreciar el tema de las reacciones de los ciudadanos y de la eficacia de las normas como criterio de su aceptabilidad. Ése es un resultado de una forma de entender el derecho, como si éste fuera autónomo e independiente de la sociedad. En muchísimas ocasiones las investigaciones históricas del derecho tratan de describir las instituciones como si tuvieran una lógica propia e independiente de la historia social y política de la época correspondiente. Fruto de esa concepción es la idea de que una ley es correcta si es bueno el valor subyacente en ella. Pero muy frecuentemente existen procedimientos que son menos buenos en relación a un valor pero mucho más efectivos en la práctica, porque los ciudadanos están dispuestos a aceptarlos. Los juristas y los legisladores se interesan más en el acuerdo de la norma con un valor que en el acuerdo de la conducta social con este valor. Se olvida con demasiada frecuencia que el de-

recho busca alcanzar fines determinados y que éstos no se alcanzan por la declaración programática sino por su eficacia, es decir por el cumplimiento del ciudadano siempre y cuando esté bien diseñada la norma. Las teorías de la elección pública y la elección racional han socavado la idea de la omnipotencia del voluntarismo legislativo.

Ahora bien, una ciencia general del derecho no se puede reducir a una teoría de la legislación. Es necesaria además una teoría de la función judicial. ¿Quién puede juzgar, por qué y con qué límites? El análisis del problema de la competencia judicial tiene numerosas relaciones con la teoría de la legislación. No pueden considerarse compartimentos estancos. Ambas son necesarias para solucionar los problemas que se plantean. La teoría jurídica se justifica en tanto es capaz de resolver los problemas de una manera ordenada y sistemática. Para alcanzar este objetivo no es posible separar legislación y ejecución, porque en los casos difíciles los valores que informan el ordenamiento son muy relevantes. Una teoría de la competencia judicial no sólo debe ocuparse de quién es órgano y por qué es competente para juzgar, sino que debe también ocuparse de cómo van a resolverse las disputas y conflictos. Una teoría completa de la adjudicación no puede limitarse a habilitar a los jueces para la toma de decisiones sin tener en cuenta su contenido. Es necesario construir una teoría de la controversia jurídica que muestre los límites de las decisiones de los jueces y ofrezca soluciones sustantivas en los casos difíciles.

Por último, una ciencia general del derecho debe incluir una teoría de la obediencia al derecho. Debe analizar por qué los ciudadanos deben obedecer al derecho y si existe alguna razón que justifique su desobediencia. Debe plantearse por qué y en qué condiciones los funcionarios y los jueces deben obedecer el derecho. La teoría de la obediencia al derecho está en relación con otro de los grandes temas, el de la coacción y el de la justificación de la pena, porque sólo estarán justificadas la coacción y la pena si existe obligación de obedecer el derecho.

Una de las características fundamentales del pensamiento jurídico postpositivista es su carácter fragmentario. Por ello, este proyecto tiene la necesidad de establecer puentes de comunicación entre los diversos temas y problemas. El conjunto de teorías que he mostrado podrían constituir una propuesta de ciencia general del derecho. Los problemas fundamentales están señalados ahí. Las teorías construirán aparatos conceptuales adecuados para resolver esos problemas. En todo caso, conviene señalar que, en ocasiones, el compromiso valorativo es exigible. En esos casos es mejor manifestar claramente la ligazón.

En el postpositivismo se abandona el ideal de autonomía y se establece una relación muy directa con análisis que no son estrictamente jurídicos, como es el caso del análisis económico del derecho.

Otra característica básica de las teorías jurídicas actuales es el abandono progresivo del monismo metodológico —que tanto había preocupado a Kelsen—. Los problemas prácticos han reclamado atención, y

con los instrumentos conceptuales de la teoría jurídica tradicional no se resuelven. Poco a poco se ha ido imponiendo la idea de que lo importante no sólo es el aparato conceptual sino la relevancia de los problemas, y el saber jurídico se justifica si se utilizan las capacidades humanas para resolver problemas concretos prácticos. Los métodos no son recetarios sino construcciones que se justifican porque aumentan el conocimiento. La ciencia del derecho trata de aumentar nuestro conocimiento. Este conocimiento puede ser utilizado para resolver problemas concretos. Precisamente la tecnología jurídica tiene la función de usar el conocimiento para resolver problemas prácticos. Pero esa posición es controvertida, pues muchos piensan que las urgencias prácticas no son buenas consejeras para el desarrollo científico (Vernengo, 1976).

En los últimos años se han redoblado los esfuerzos integradores de diversos puntos de vista. Quizá no tiene ya tanto sentido mantener una idea muy estricta de ciencia que se constituye en un freno excesivo para las nuevas construcciones y planteamientos. El equilibrio entre apertura de planeamiento y rigor es siempre controvertido. Una de las tendencias más consolidadas en la actualidad consiste en la construcción de aparatos y distinciones conceptuales construidos específicamente para resolver problemas concretos. La orientación hacia el problema práctico juega un papel muy importante. Es por ello que se produce una revitalización de la razón práctica en el ámbito de lo jurídico. Frente a esa expansión, algunos piensan que este terreno no conduce al de la ciencia porque la razón es solamente teórica.

BIBLIOGRAFÍA

Aarnio, A., Alexy, R. y Peczenick, A. (1981), *The Foundation of Legal Reasoning*, Rechtstheorie, vol. 12, 133.

Alchourrón, C. y Bulygin, E. (1971), *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas*, Astrea, Buenos Aires.

Alchourrón, C. y Bulygin, E. (1991), *Análisis Lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Atienza, M. (1985), *Introducción al Derecho*, Barcanova, Barcelona.

Atienza, M. (1986), «Sobre la Jurisprudencia como técnica social. Respuesta a Roberto Vernengo: *Doxa 3*, 297 ss.

Austin, J. (1981), *Sobre la utilidad del estudio de la Jurisprudencia*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Bobbio, N. (1980), *Contribución a la Teoría del Derecho*, Fernando Torres, Valencia.

Calsamiglia, A. (1986), *Introducción a la Ciencia Jurídica*, Ariel, Barcelona.

Dworkin, R. (1984), *Los Derechos en serio*, Ariel, Barcelona.

Dworkin, R. (1993), *Life's Dominion,* Harper and Collins, London.

Gimbernat, E. (1976), «¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?», en E. Gimbernat, *Estudios de Derecho Penal.*

Kelsen, H. (1960), *Reine Rechtslehre,* F. Deutiche, Wien.

Kirchmann, J. (1961), *La Jurisprudencia no es ciencia,* Instituto de Estudios Políticos, Madrid.
Larenz, K. [2](1980), *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona.
Nino, C. (1974), *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, UNAM, México.
Nino, C. (1994), *Derecho, Moral y Política,* Ariel, Barcelona.
Ross, A (1969), *El concepto de validez y otros ensayos*, CEAM, Buenos Aires.
Salmond, J. [12](1966), *On Jurisprudence*, Sweet & Maxwell, London.
Vernengo, R. (1976), *Curso de Teoría General del Derecho,* Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales.
Vernengo, R. (1986), «Réplica a Manuel Atienza»: *Doxa 3,* 313 ss.
Wright, H. von (1993), «Entrevista»: *Doxa 12.*
Wroblewski, J. (1976), «La normativitá della scienza giuridica», en U. Scarpelli (ed.), *Diritto e Analisi del Linguaggio*, Comunitá, Milano, 325-346.

SOCIOLOGÍA DEL DERECHO

Rogelio Pérez Perdomo

I. LA SOCIOLOGÍA DEL DERECHO Y OTROS CAMPOS DISCIPLINARIOS

La sociología del derecho es el estudio de los fenómenos jurídicos o vinculados con el derecho en la perspectiva de las ciencias sociales. Las ciencias sociales tienen una consolidación tardía, que se realiza en el siglo XX y, en general, se dice que la sociología jurídica como *campo disciplinario*, o más bien *interdisciplinario*, surge realmente en la década de 1960, en los países occidentales. El nombre *sociología* del derecho tal vez no sea apropiado pues los estudios en este campo implican no sólo la aplicación de conceptos y métodos de la sociología, sino también de la politología y, sobre todo, de la antropología. Por ello se usa también la expresión *Derecho y sociedad* para la denominación del campo.

La sociología del derecho no siempre es fácilmente distinguible de otros campos de estudios interdisciplinarios de lo jurídico. Los antropólogos del derecho vienen de una tradición distinta y mantienen asociaciones y publicaciones separadas, pero en la actualidad no hay distinción en el enfoque o en la metodología. Los filósofos jurídicos y los sociólogos del derecho con vocación teórica generalmente se encuentran muy cercanos. Quienes hacen una sociología del derecho diacrónica, o historia social de derecho, están muy cercanos de los historiadores del derecho. Como la filosofía y la historia del derecho tienen una larga tradición académica, no es sorpresa que muchos sociólogos del derecho vengan de esas áreas y que el campo de la sociología del derecho, en determinados países, corra el riesgo de ser absorbido por una de ellas. Por supuesto, hay maneras de hacer filosofía o historia del derecho sin mayor contacto con las ciencias sociales, y también maneras de hacer sociología del derecho sin preocupación por aspectos filosóficos o históricos. Estas maneras más puras u ortodoxas en la sociología del derecho

están vinculadas a la aplicación de métodos empíricos y cuantitativos en la investigación del presente. Sin embargo, la ortodoxia no es una virtud especialmente apreciada en el campo y la sociología del derecho tiene más bien una fuerza expansiva.

Lo mismo ocurre con la distinción entre sociología del derecho y criminología. Cuando ésta se concibe como estudio del delincuente o de las causas del delito, la distinción es muy clara. En cambio, cuando la criminología se ha convertido en el estudio de los procesos de criminalización y control social, incluida la justicia penal, los puntos de contacto se multiplican con la sociología del derecho penal y la distinción se hace difícil.

Por el crecimiento del campo, que implica la imposibilidad de estar al día en las numerosas publicaciones que se producen, la identificación de grupos se realiza crecientemente por los tópicos a ser abordados más que por una identificación disciplinaria rigurosa. Esta identificación temática hace también más fácil el diálogo de quienes vienen del derecho (o de la filosofía del derecho) y quienes vienen de las distintas ciencias sociales.

Una referencia especial merecen los estudios llamados de *derecho y economía*, o *análisis económico del derecho*. Su florecimiento contemporáneo es una especie de respuesta conservadora a la sociología del derecho y su talante es distinto, pues no presta mayor importancia a los problemas y enfoques sociales y culturales, sino que se centra en el análisis estrictamente económico. Sin embargo, el enfoque de análisis económico del derecho no ha dejado de tener impacto entre los sociólogos del derecho, algunos de los cuales han incorporado los análisis de costo-beneficio.

II. LA CONSTITUCIÓN DEL CAMPO DISCIPLINARIO

En los manuales de sociología del derecho se habla con frecuencia de la historia o antecedentes del campo disciplinario. Usualmente se hace remontar estos antecedentes hasta Montesquieu, cuando no hasta Aristóteles. Efectivamente, en la tradición de pensamiento social se incorporaba al derecho y las obras que hoy consideramos propiamente jurídicas (como los cursos de derecho político o los comentarios del Código Civil) en el siglo XIX no vacilaban en hacer consideraciones políticas o sociales (cf., por ejemplo: Fuenzalida, 1986). La situación cambia cuando el derecho reclama una autonomía disciplinaria, con un objeto normativo propio y una metodología específica. Este reclamo se hace patente en el pensamiento jurídico alemán de comienzos del siglo XX. El punto que deseamos destacar es que la sociología del derecho requiere un doble extrañamiento: el de los juristas, que reclaman un objeto científico, un enfoque y una metodología propios, y el de los científicos sociales, que, a su vez, reclaman disciplinas propias, con rechazo de lo normativo en su

saber. Max Weber (cf. Fariñas, 1991) tiene un papel especial en este panorama, pues asume las definiciones de lo jurídico que hacen los juristas de su época y a la vez propone una comprensión del derecho integrada en su contexto social. Por ello frecuentemente se lo reconoce como uno de los padres fundadores del campo disciplinario.

No puede considerarse que un campo disciplinario se ha constituido porque una o más obras, que después se consideren formando parte del *corpus* de su conocimiento, sean publicadas. Se requiere que un grupo de académicos tome conciencia de su constitución como el *colegio invisible* de los practicantes de ese campo. En la sociología del derecho ello ocurre en Japón en 1947 con la creación de la Asociación Japonesa de Sociología del Derecho (en Ferrari, 1990, 473). En 1962, en el Congreso de Washington de la Asociación Internacional de Sociología, se constituyó el Research Committee on Sociology of Law. En 1964 se formó la Law and Society Association, en Estados Unidos. Muchas otras asociaciones nacionales, regionales e internacionales se han constituido en el campo en la década de 1960 y posteriormente, pero las mencionadas son las más grandes y las más importantes por el número de publicaciones vinculadas a ellas. En 1989 se constituyó el Instituto Internacional de Sociología Jurídica, en Oñati, España, por iniciativa del Research Committee on Sociology of Law de la Asociación Internacional de Sociología y el Gobierno vasco.

En materia de revistas especializadas, la japonesa existe desde 1951, seguida por la *Law and Society Review,* en los Estados Unidos (1966), la alemana (1970), la italiana (1974) y luego en otros países, como el Reino Unido, España, Francia, Australia, la Argentina, Suecia, Canadá, Brasil, Grecia, Portugal, México y Colombia. Varios países tienen más de una revista o hay revistas para varios países en su conjunto. Algunas de estas revistas tienen una sólida implantación y son publicadas regularmente, mientras otras han estado sometidas a distintos avatares (Ferrari, 1990, xxi).

El número de revistas especializadas, artículos en revistas diversas y libros y otras publicaciones es hoy tan grande que el Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati publica semestralmente *Current Legal Sociology*, una publicación destinada a dar cuenta de las publicaciones del área. Por otra parte, desde los inicios del campo, distintos miembros de la comunidad de sociólogos del derecho se han interesado en publicar bibliografías. La función de las bibliografías ha cambiado, en el sentido de que al comienzo era una forma de manifestar que el campo existía, mientras que, progresivamente, pasan a ser más bien informativas de la abundante producción y orientadora dentro de ella. Como las primeras bibliografías publicadas, Ferrari (1990, xvi) menciona las de Treves, Grossman, Pocar y Losano, y Chambliss y Seidman. Ferrari (1990) coordinó un monumental trabajo colectivo que es a la vez comentario de tendencias y bibliografía selectiva que cubre la producción de treinta y seis países. Este trabajo muestra a la vez el

enorme desarrollo del campo en relativamente poco tiempo y su desigual implantación en distintos países.

III. CONTENIDO

Los manuales o antologías didácticas de sociología del derecho (cf., por ejemplo, Roche, 1985; Rehbinder, 1981; Friedman y Macaulay, 1969; Treves, 1978; Souto y Falcao, 1980) no coinciden en los mismos tópicos, pero hay ciertos temas que usualmente están presentes en esta literatura o en los congresos del campo. Uno de ellos es el general referido a la propia sociología del derecho, sus métodos de investigación, su estado como campo disciplinario. Éste fue un tema internacionalmente muy importante en la década de 1960 y resurge en cada país donde la disciplina está implantándose o donde pasa por una crisis de crecimiento (Arnaud, 1981; Treves, 1988; Pennisi, 1991).

Un tema general, vinculado a la definición del campo disciplinario, es el de la relación derecho-sociedad, el papel del derecho en el cambio social y la definición del sistema jurídico en términos de las ciencias sociales (Friedman, 1975 y 1977; Podgorecki, 1974 y 1991; Gutiérrez 1979; Ferrari, 1987). La vinculación del derecho con determinadas ideologías o su uso como instrumento de control político son tópicos frecuentes en esta área (Ibáñez, 1978; Chambliss y Seidman, 1982. No es sorpresa que estos tópicos interesen especialmente a los sociólogos del derecho con inclinación teórica o a los filósofos del derecho más cercanos a la sociología.

Un tema muy importante es el de los actores principales del sistema jurídico, que incluye a los profesionales del derecho (abogados, jueces, notarios) y a los paraprofesionales (auxiliares de justicia, policías) (Treves, 1974; Toharia, 1975; Bancaud, 1993; Goldman y Sarat, 1978; Pásara, 1982; Guarnieri, 1992; Shapiro, 1981; Abel y Lewis, 1988; Dias *et al.*, 1981; Lynch, 1981; Galanter y Palay, 1991; Pérez Perdomo, 1981; Olgiati, 1990; Dezalay, 1992. Dentro de la misma área temática está la formación de los profesionales: escuelas de derecho, educación jurídica (Falcao, 1984; Lowenstein, 1970).

Un tema de importancia creciente es el del sistema judicial. Puede considerarse que incluye, además de sus funciones sociales (Bastos, 1975; Faria, 1989, 1992; Gessner, 1984), la inclinación de la población (o determinados sectores dentro de ella) para usarlo (litigiosidad) (Toharia, 1974 y 1987), o los obstáculos que encuentra para poder usarlo (acceso a la justicia) (Blankenburg, 1980; Pérez Perdomo, 1987). Determinados estratos sociales pueden tener especiales dificultades, tales como obstáculos lingüísticos, culturales, escasez de recursos para pagar abogados, o estar sometidos a discriminación por raza, género, posición social. El tema de acceso es así muy cercano del de aplicación desigual de la ley. La eficiencia de la justicia, las políticas judiciales o la relación de la jus-

ticia con subsistemas sociales como el penal son campos importantes de investigación (Castellano *et al.*, 1970; Rico *et al.*, 1988; Salas y Rico, 1989; Correa Sutil, 1993). También el llamado *uso alternativo del derecho*, que es fundamentalmente el uso del sistema judicial y del litigio con finalidades distintas a las tradicionales, más vinculadas con luchas socio-políticas, está relacionado con este tema de lo judicial.

Puede considerarse el reverso del tema de lo judicial como un tópico distinto: las formas de solución de disputas distintas del litigio. Además de la mediación y arbitraje dentro del sistema formal (Bonafé-Schmitt, 1992), esto incluye los sistema informales, que usualmente utilizan la mediación u otras formas de regulación de disputas sin recurso de abogados y otros oficiales (Abel, 1982; Pérez Perdomo y Nikken, 1979). Como, con frecuencia, los sistemas informales usan reglas no oficialmente producidas, más vinculadas a los usos y costumbres populares, el área es un campo de encuentro con los antropólogos del derecho (Nader, 1969; Barton *et al.*, 1983; Azuela, 1989; Chiba, 1989). No debe pensarse que el área incluye sólo formas populares de derecho y justicia, sino que, como recientemente se ha redescubierto, lo informal también está presente en el área de los negocios, incluidos los negocios internacionales.

Además de estos tópicos temáticos, en la sociología del derecho se encuentra el tratamiento de la relación sociedad-derecho siguiendo los ámbitos de la división tradicional del derecho: penal, de la familia, del trabajo. La sociología del derecho penal pone atención preferente a los procesos de criminalización y de control social, temas que también interesan mucho a los criminólogos críticos y a los nuevos criminólogos, por lo cual se ha convertido en un campo de convergencia (Bergalli, 1982; Sandoval Huertas, 1985). En el área de la familia y del trabajo, el diálogo con los juristas ha sido relativamente fácil, pues allí hubo gran resistencia al paradigma más conceptual del derecho. Es por ello que no pocos juristas que provienen de esta área se han convertido con relativa facilidad a la sociología del derecho o no han encontrado especialmente difícil el diálogo con quienes provienen de la sociología, la antropología o la psicología (Commaille, 1982; Roche, 1991; San Juan, 1991; Oñate, 1983). El *Dictionnaire Enciclopedique de theorie et Sociologie du droit* (1988) es un esfuerzo por poner juntos los tópicos tratados por la disciplina y fijar su lenguaje.

IV. RESISTENCIA ACADÉMICA

En los párrafos anteriores hemos visto que la sociología del derecho ha tenido un desarrollo muy considerable en los últimos treinta años y hemos mencionado que ese desarrollo es desigual por países. En los países de lengua inglesa, especialmente Estados Unidos, el Reino Unido y Australia, el desarrollo ha sido muy considerable, hasta el punto de que el

mayor número de las revistas del campo se publican en inglés y es éste el lenguaje usual de comunicación en los encuentros internacionales. Los países de lengua española tienen una producción mucho menor. La revista bibliográfica del campo, publicada por el Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati (España), *Current Legal Sociology*, se publica en inglés. En su número 7, de 1993, del total de 564 referencias bibliográficas, el 70 por ciento está en inglés, y el 10 por ciento en español, a pesar de que por su procedencia geográfica puede suponerse una atención preferente a las publicaciones en español. No se trata sólo de baja productividad académica en el campo, sino de falta de implantación de la disciplina. Las dos revistas españolas, *Psicología y Sociología Jurídicas* (Barcelona, 1974) y el *Anuario Vasco de Sociología Jurídica* (San Sebastián, 1988), han dejado de publicarse. La *Revista de Sociología del Derecho* (Argentina, 1984) se publica irregularmente. *Crítica Jurídica, Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, que se publica en México, tiene una orientación más amplia que la sociología del derecho. En Bogotá, el Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos publica dos revistas, *El Otro Derecho* y *Beyond Law*, esta última en inglés. Que haya considerado necesario una publicación en inglés revela que el público para tales publicaciones es mayoritariamente de habla inglesa. La vida difícil de las revistas revela la falta de un grupo de colaboradores, de un mercado de suscriptores o de apoyo institucional. Cualquiera de estas debilidades mostraría la falta de implantación institucional del campo.

Las explicaciones para la falta de implantación institucional son variadas. La tradición cultural es un elemento importante, pero no decisivo. Francia e Italia tienen en derecho y en ciencias sociales tradiciones muy cercanas, e Italia conoció un desarrollo temprano de la sociología jurídica, mientras en Francia los grupos que hacen sociología del derecho están teniendo gran empuje muy recientemente. Las dificultades de la vida académica en los distintos países es una explicación que se avanza con frecuencia, pero la comparación con otros campos como la filosofía del derecho, con un desarrollo importante en España y la Argentina, o la historia del derecho, desarrollada también en México, muestra que no es una explicación convincente. Puede pues hablarse de una *resistencia académica* a la sociología del derecho en España y los grandes países de América latina, con excepción de Brasil (Faria y Campilongo, 1991; Souto, en Ferrari, 1990) donde la sociología jurídica ha conocido un florecimiento importante, especialmente si se compara con otros campos de estudio interdisciplinario del derecho. Como es conocido, la resistencia académica tiene varios elementos constitutivos, relacionados con el arraigo de programas de investigación y su expresión material de grupos de poder en las instituciones académicas, lo mismo que con estructuras organizativas más o menos rígidas en las universidades. Esta resistencia académica no impide que determinadas personas o grupos hayan insistido en rea-

lizar investigaciones socio-jurídicas y publicarlas. En cierto sentido tiene mayor mérito, pues implica menos estímulos o un reconocimiento académico menor por sus pares.

BIBLIOGRAFÍA

Abel, R. L. (ed.) (1982), *The politics of informal justice*, Academic Press, New York.

Abel, R. L. y Lewis, P. S. (eds.) (1988), *Lawyers in society*, University of California Press, Berkeley.

Arnaud, A. J. y Fariñas, M. J. (1996) *Sistemas Jurídicos: Elementos para un análisis sociológico*. Universidad Carlos III. B.O.E.

Arnaud, A. J. (1981), *Critique de la raison juridique. Oú va la sociologie du droit?*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris.

Azuela de la Cueva, A. (1989), *La ciudad, la propiedad privada y el derecho*, El Colegio de México, México.

Bancaud, A. (1993), *La haute magistrature judiciaire entre politique et sacerdoce,* Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris.

Barton, J. *et al.* (1983), *Law in radically different cultures*, West Publishing, Saint Paul, Minnesota.

Bastos, A. W. C. (1975), *Conflitos sociais e limites do poder judiário*, El dorado, Rio de Janeiro.

Bergalli, R. (1982), *Crítica a la criminología*, Temis, Bogotá.

Blankenburg, E. (ed.) (1980), *Innovations in the legal services,* Oelgeschlager, Gunn and Hain, Cambridge, Massachusetts.

Bonafé-Schmitt, J. P. (1992), *La médiation: une justice douce*, Syros-Alternatives, Paris.

Castellano, C. *et al.* (1970), *L'efficienza della giustizia italiana e suoi effetti economico-sociali,* Laterza, Bari.

Chambliss, W. y Seidman, R. (1982), *Law, order and power*, Addison-Wesley, Reading, Massachusetts.

Chiba, M. (1989), *Legal pluralism: Toward a general theory through Japanese legal culture*, Tokai University Press, Tokio.

Commaille, J. (1982), *Familles sans justice,* Le Centurion, Paris.

Correa Sutil, J. (ed.) (1993), *Situación y políticas judiciales en América Latina,* Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, Chile.

Dezalay, I. (1992), *Marchands de droit. La restructuration de l'ordre juridique international par les multinationales du droit,* Fayard, Paris.

Dias, C. J. *et al.* (eds.) (1981), *Lawyers in the Third World: Comparative and Developmental Perspectives,* Scandinavian Institute of African Studies-International Center for Law in Development, Uppsala-New York.

Falcao, J. (1984), *Os advogados. Ensino jurídico e mercado de trabalho,* Fundação Joaquim Nabuco, Recife.

Faria, J. E. (ed.) (1989), *Direito e justica. A função social do judiciário,* Atica, São Paulo.

Faria, J. E. (1992), *Justica e conflito. Os juizes em face dos novos movimentos sociais,* Editora Revista dos Tribunais, São Paulo.

Faria, J. E. y Campilongo, C. F. (1991), *A sociología jurídica no Brasil,* Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre.
Fariñas Dulce, M. J. (1991), *La sociología del derecho de Max Weber,* Civitas, Madrid.
Ferrari, V. (1987), *Funzioni del diritto,* Laterza, Roma, v.e. *Funciones del Derecho,* Debate, Madrid, 1989.
Ferrari, V. (ed.) (1990), *Developing Sociology of Law/ A Worldwide Documentary enquiry,* Giuffrè, Milano.
Friedman, L. y Macaulay, S. (1969), *Law and the behavioral sciences,* Bobbs-Merril, Indianapolis.
Friedman, L. (1975), *The legal system. A social science perspective*, Russell Sage Foundation, New York.
Friedman, L. y Macaulay, S. (1977), *Law and society. An introduction,* Prentice Hall, Englewood Cliffs, New Jersey.
Fuenzalida, E. (1986), «La sociología jurídica en Chile»: *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Valparaíso.
Galanter, M. y Palay, T. (1991), *Tournament of Lawyers. The transformation of the big law firm,* The University of Chicago Press, Chicago.
Gessner, V. (1984), *Los conflictos sociales y la administración de justicia en México,* Universidad Nacional Autónoma de México, México.
Goldman, S. y Sarat, A. (eds.) (1978), *American court systems. Readings in judicial process and behavior,* W. H. Freeman and Company, San Francisco.
Guarnieri, C. (1992), *Magistratura e politica in Italia,* Il Mulino, Bologna.
Gutiérrez, C. J. (1979), *El funcionamiento del sistema jurídico,* Juricentro, San José, Costa Rica.
Ibáñez, P. A. (ed.) (1978), *Política y justicia en el Estado capitalista,* Fontanella, Barcelona.
Lowenstein, S. (1970), *Lawyers, legal education and development. An examination of the process of reform in Chile,* International Legal Center, New York.
Lynch, D. O. (1981), *Legal roles in Colombia.* Scandinavian Institute of African Studies-International Center for Law in Development, Uppsala-New York.
Mackinson, G. J. (1987), *Sociología del Poder Judicial,* Sociología del Derecho, Buenos Aires.
Mackinson, G. J. y Goldstein, M. R. (1988), *La magistratura de Buenos Aires,* Literatura Jurídica, Buenos Aires.
Nader, L. (ed.) (1969), *Law in culture and society,* Aldine Publishing Company, Chicago.
Olgiati, V. (1990), *Saggi sull'avvocatura. L'avvocato italiano tra diritto, potere e società,* Giuffrè, Milano.
Oñate, S. (1983), *Los trabajadores migratorios frente a la justicia norteamericana,* Secretaría del Trabajo y Previsión Social, Unidad Coordinadora de Políticas, Estudios y Estadísticas del Trabajo, México.
Pásara, L. (1982), *Jueces, justicia y poder en el Perú,* Cedys, Lima.
Pennisi, C. (1991), *La costruzione sociológica del fenomeno guiridico,* Giuffrè, Milano.
Pérez Perdomo, R. y Nikken, P. (1979), *Derecho y propiedad de la vivienda en los barrios de Caracas,* Fondo de Cultura Económica y Universidad Central de Venezuela, Caracas.
Pérez Perdomo, R. (1981), *Los abogados en Venezuela,* Monte Ávila, Caracas.

Pérez Perdomo, R. (coord.) (1987), *Justicia y pobreza en Venezuela,* Monte Ávila, Caracas.
Podgorecki, A. (1974), *Law and society,* Routledge and Kegan Paul, London.
Podgorecki, A. (1991), *A sociological Theory of law,* Giuffré, Milano.
Rehbinder, M. (1981), *Sociología del derecho,* Pirámide, Madrid.
Roche, C. L. (1985), *Sociología del derecho,* Universidad Central de Venezuela, Caracas.
Roche, C. L. (1991), *Patria potestad y matricentrismo en Venezuela,* Universidad Central de Venezuela, Caracas.
Quintero, M. (1988), *Justicia y realidad. Un enfoque analítico de la administración de justicia en la Venezuela contemporánea,* Universidad Central de Venezuela, Caracas.
Rico, J. M.; Salas, L.; Gutiérrez, E.; Cruz, C. (1988), *La justicia penal en Costa Rica,* Editorial Universitaria Centroamericana, San José, Costa Rica.
Ruiz Pérez, J. (1987), *Juez y sociedad,* Temis, Bogotá.
Salas, L. y Rico, J. M. (1989), *La justicia penal en Guatemala,* Editorial Universitaria Centroamericana, San José, Costa Rica.
Sandoval Huertas, E. (1985), *Sistema penal y criminología crítica,* Temis, Bogotá.
San Juan, M. (1991), *Familia, potestades parentales y sistema jurídico,* Universidad Central de Venezuela, Caracas.
Shapiro, M. (1981), *Courts. A comparative and political analysis,* University of Chicago Press, Chicago.
Souto C. y Falcao, J. (1980), *Sociologia e direito. Leituras básicas de sociología jurídica,* Pioneira, São Paulo.
Toharia, J. J. (1974), *Cambio social y vida jurídica en España,* Edicusa, Madrid.
Toharia, J. J. (1975), *El juez español. Un análisis sociológico,* Tecnos, Madrid.
Toharia, J. J. (1987), *Pleitos tengas... Introducción a la cultura legal española,* Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid.
Treves, R. (1968), *Nuovi svilluppi della Sociología del diritto* (1966-67), Comunità, Milano.
Treves, R. (1978), *Introducción a la sociología del derecho,* Taurus, Madrid.
Treves, R. (1988), *La sociología del derecho. Orígenes, investigaciones, problemas,* Ariel, Barcelona.

INFORMÁTICA JURÍDICA

Julia Barragán

I. INTRODUCCIÓN

Muchos lectores se sorprenderán al descubrir que la disciplina llamada Informática Jurídica tiene asignado un artículo en la *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía,* y más aún porque éste se encuentre en el volumen dedicado a «Derecho y Justicia». La sorpresa es justificable ya que todavía hoy es frecuente localizar las referencias a la Informática Jurídica sólo en enciclopedias técnicas o en tratados sobre metodología; tales referencias la consideran como un campo de aplicación, todavía incipiente, de los programas de computación al manejo de la información jurídica, o de las organizaciones dedicadas al trabajo legal. Igualmente, aquellas referencias dejan constancia expresa que lo frágil de sus resultados obedece a las dificultades que entraña aplicar la precisa secuencia de los algoritmos de la computación al lenguaje jurídico, el cual es definido como cargado de contradicciones, ambigüedades, vaguedades, sin dejar de mencionar su textura abierta. Aún hoy los expertos en Informática que abordan el tema, colocan un paternal énfasis en el hecho de que si los juristas desean que el Derecho pueda aprovechar las extraordinarias ventajas que la ciencia de la Computación está en condiciones de ofrecerle, deben dedicarse previamente a mejorar la estructura del sistema de normas, a evitar todo vicio lógico en su lenguaje, y, finalmente, a eliminar del mismo aquello que pueda producir disonancia cuando es puesto en contacto con los elegantes programas que guían la ejecución de los algoritmos. En compensación por lo mucho que sin duda tendrán que sacrificar los juristas en la empresa de depuración de su propio discurso, los expertos en Informática les prometen gran rapidez, belleza formal, precisión y todas las mil bondades que de manera casi mecánica puede un iniciado entusiasta derivar de tales valores.

La visión señalada supone la existencia de un camino en una sola dirección, cuyo único sentido está marcado por los grandes avances realizados en el campo de la Computación, a los cuales de una manera pasiva pueden incorporarse las llamadas áreas de aplicación; entre éstas, el ámbito jurídico sólo puede aspirar a un lugar poco destacado, y los logros en la materia quedan reducidos a la más desalentadora trivialidad tanto jurídica como computacional. Estos resultados poco felices no se atribuyen por regla general a insuficiencias en los desarrollos computacionales, sino que son cargados como pesada culpa sobre los hombros de los juristas, que como resultado del pecado original de expresarse en su propio lenguaje, y de razonar conforme a sus propios patrones, parecen condenados a no disfrutar nunca plenamente de todas las maravillas que la Informática despliega ante sus ojos asombrados. Como puede apreciarse, el panorama no luce demasiado alentador en este enfoque, al que puede designarse como dominantemente computacional.

Pero existe la posibilidad de plantear el asunto desde otro punto de vista, al que podría llamarse de equilibrio entre las esferas computacional y jurídica, y así convertir el camino de una sola vía en una activa ruta transitada en los dos sentidos; en esta ruta la ciencia de la Computación deja de ser el referente inamovible cuya certeza no se pone en duda, para convertirse en un territorio permanentemente sujeto a críticas, refinamientos y validaciones, los cuales derivan necesariamente de la esfera jurídica. De esta manera la Ciencia y la Filosofía del Derecho abandonan su posición pasiva de destinatarios de una tecnología a la que hay que adaptarse o ser abandonados, y pasan a ejercer un papel activo en la determinación, corrección y desarrollo de dicha tecnología.

Al adoptar uno u otro de los puntos de vista señalados se producen consecuencias cualitativamente diferentes. Desde la primera perspectiva, la Informática Jurídica es un espacio cuya elaboración teórica e instrumental está reservada a los expertos en Computación, y al cual los juristas sólo aportan los datos inertes que con buena fortuna se podrán adecuar a los elegantes programas polivalentes previamente elaborados; mientras que desde el segundo punto de vista, el núcleo central de la Informática Jurídica es construido a partir del trabajo teórico desarrollado en el campo de

que no pocas veces llega a inducir transformaciones técnicas propiamente computacionales de profunda significación conceptual y operativa. El nuevo enfoque permite superar la idea de que la Informática Jurídica es sólo una de las aplicaciones menores de la poderosa herramienta a un área deficientemente formalizada; desde tal base se puede juzgar de una manera más imparcial su actual importancia y sus potencialidades futuras. Quienes trabajan en esta línea han contribuido a la modificación del peso relativo de cada uno de los componentes de la expresión «Informática Jurídica»; haciendo que el aspecto «Informático» y el «Jurídico» alcancen un excelente balance en cuanto a su im-

portancia conceptual y a su capacidad para generar transformaciones teóricas y tecnológicas; desde esta perspectiva, la existencia de un campo dominante y uno subordinado queda eliminada.

El hecho de que la razón jurídica asuma un papel más activo en el terreno de la Informática Jurídica, ha permitido caracterizar con mayor certeza el problema central que concierne a esa disciplina, el cual no consiste meramente en incorporar las llamadas nuevas tecnologías para dotar al Derecho de formas más rápidas de producción y aplicación, o de una gerencia más sofisticada, sino que fundamentalmente se vincula con la necesidad de producir una transformación del entorno en el que se producen las inferencias y las decisiones jurídicas, con la finalidad de que las mismas posean la mejor base argumental alcanzable. Cuando se acepta que la decisión jurídica es el nudo problemático sustantivo de la Informática Jurídica, se hace necesario relacionar ésta no sólo con los aspectos tecnológicos, sino también con los temas más significativos de la Teoría de la Argumentación Jurídica, del estudio del Lenguaje Jurídico y del análisis de los Sistemas Normativos. Desde este enclave, la Informática Jurídica ha contribuido al desarrollo de los dos aspectos básicos en la toma de decisiones: primero, el referido a la interacción inteligente con la información, tomando en cuenta su relación con un problema determinado, y en segundo lugar, el que concierne al refinamiento de los patrones de razonamiento y de justificación. Tales contribuciones tienen tanto de conceptualización jurídica como computacional; y lo que es más, se ha probado que es posible llevarlas a cabo enriqueciendo simultáneamente el lenguaje de los algoritmos, la estructura del dato y la forma del razonamiento jurídico.

Éstas son las razones que justifican plenamente la inclusión del artículo «Informática Jurídica» en una Enciclopedia de Filosofía, y precisamente en el volumen sobre Derecho y Justicia. Aunque para algunos pueda esto resultar algo sorprendente, no existe ninguna posibilidad de resolver satisfactoriamente los aspectos computacionales de un problema, sin un cuidadoso respeto por la estructura de los datos, lo cual implica la penetración profunda en el lenguaje que los expresa. En consecuencia, en materia de Informática Jurídica, al comienzo está el Derecho.

II. LA INTERACCIÓN INTELIGENTE CON LA INFORMACIÓN

El manejo eficiente de la información supone la consideración y solución adecuada de dos problemas: uno concierne al diseño de los programas que activan y hacen ejecutables los algoritmos de ordenamiento y búsqueda de los datos, y el otro se relaciona con la definición de la estructura de dichos datos. Estos dos aspectos funcionan de manera interdependiente; pero existe una prioridad del segundo sobre el primero, ya que el algoritmo debe ser elaborado sobre la base de una estructura

de datos previamente definida. Esta última afirmación, cuya corrección parece difícil objetar, en el campo de la Informática Jurídica ha sido sistemáticamente ignorada por el enfoque que hemos llamado dominantemente computacional. De hecho, en este enfoque el lenguaje jurídico resulta permanentemente subordinado al algoritmo, que es considerado como poseedor de una estructura irrestrictamente polivalente, y aplicable en consecuencia a cualquier tipo de dato. Este punto de vista considera al dato como un elemento inerte que debe incorporarse al camino trazado por los algoritmos, adaptando su estructura a la de estos últimos. Hay varios aspectos objetables en el punto de vista sostenido por esta postura. En primer lugar, la misma no considera con la seriedad aconsejable el hecho de que la Informática Jurídica está destinada a trabajar con información, y no meramente con datos; y que tal información sólo surge cuando se ha logrado establecer una estructura para los mismos. En el proceso de construcción de dicha estructura, los juristas deben en primer lugar elaborar un problema relevante para su disciplina, a fin de extraer del mismo el criterio que permitirá definir en los datos las jerarquías y relaciones que se consideran interesantes para dicho problema. En este trabajo de transformar los datos en información, aunque se pueden tener a la vista los algoritmos abstractos que eventualmente serían utilizables en el proceso de automatización, hay que apelar fundamentalmente a conceptos jurídicos.

En términos generales, la estructura de los datos que origina la llamada información, es una abstracción que captura la forma de las relaciones más usuales entre los conceptos, las maneras típicas de plantear los problemas, y los métodos y propósitos con que se efectúan las consultas en el área. Si consideramos estos tres aspectos en el marco de la Informática Jurídica, resulta evidente que los mismos interesan vivamente a la Teoría del Derecho, a la Filosofía Jurídica, a la Teoría de la Argumentación Jurídica, y otras disciplinas de ese ámbito. Esto prueba que la tarea de transformar los datos en información corresponde básicamente a la esfera del Derecho, ya que sin un claro conocimiento del lenguaje jurídico es imposible construir acertadamente un problema, o determinar cuál es la forma en que se desean relacionar los datos existentes, o cuál de esos datos puede ser considerado relevante para el problema construido. Como es evidente, este panorama muestra una presencia de la razón jurídica mucho más activa que aquella a la que nos tiene acostumbrados el enfoque dominantemente computacional.

Puede formularse una segunda objeción al enfoque dominantemente computacional, esta vez en relación a su adjudicación de las prioridades entre el aspecto computacional y el jurídico. En este aspecto, sobre la base de la conceptualización desarrollada por Hoare[1], que constituye la piedra angular de la programación estructurada, no es posible ig-

1. C. A. R. Hoare, «Axiomatic Basis of Computer Programming»: *Comm. ACM*, 12 (1969) 576-83.

norar que si bien es cierto que para definir la estructura de los datos es necesario tener un conocimiento general de los algoritmos que van a aplicarse, la estructura de estos últimos depende de la estructura de los datos y no a la inversa, ya que los programas de computación no son sino formulaciones concretas de algoritmos abstractos basadas en la estructura de los datos. Por esta razón, la relación entre los aspectos computacionales y jurídicos debe guardar un sano equilibrio que no puede construirse si se considera que hay una esfera dominante a la que corresponde el peso de marcar inexorablemente el sentido de los avances, y otra esfera dominada o de aplicación a la que sólo le corresponde lograr las trasformaciones necesarias para una buena adaptación a la estructura de los algoritmos.

El asumir el enfoque dominantemente computacional en el campo de la Informática Jurídica ha traído consecuencias muy negativas tanto para el aspecto computacional como para el jurídico. En el aspecto computacional, ha desestimulado la reflexión cuidadosa acerca de la pertinencia de un determinado procedimiento de cálculo para un cierto problema jurídico, desestímulo derivado del hecho de que invariablemente se consideraba que el área jurídica no había realizado los esfuerzos suficientes para depurar y adaptar la estructura de su lenguaje, y así aprovechar toda la eficacia de los algoritmos. Desde este punto de vista la segura existencia de la esfera jurídica a la que se constituye en responsable por la pobreza de los resultados, impide al área computacional pensar seriamente en la necesidad de considerar desde una perspectiva crítica los principios de cálculo, con el fin de seleccionar los más adecuados a la índole del problema considerado. Por su parte, también el aspecto jurídico sufre consecuencias negativas derivadas del enfoque dominantemente computacional. El enorme prestigio que siempre han ostentado los cálculos efectuados mediante algoritmos, y los innegables éxitos logrados por los procesos mecanizados durante los últimos años, llevan muchas veces a pensar que soluciones jurídicamente triviales dejan de serlo por el solo hecho de haber sido obtenidas mediante cálculos elegantes y laboriosos, y con el apoyo de sofisticados medios automáticos. En el marco de este enfoque, el mayor esfuerzo del área jurídica tiende a centrarse en la ardua tarea de adecuar la estructura del lenguaje legal a la estructura de los algoritmos disponibles, los cuales suelen ser más aptos para modelar problemas y métodos propios del mundo físico que los del mundo normativo. Esto, como es natural, disminuye la capacidad y la energía disponibles para la consideración crítica de los aspectos más relevantes en la construcción de una auténtica información jurídica.

La superación del enfoque dominantemente computacional propone trabajar críticamente con los principios tanto del lenguaje jurídico como de los cálculos. Este nuevo enfoque hace de la decisión jurídica el problema central de la Informática Jurídica, a cuyo servicio se coloca el manejo de la información. En este entorno, la información constitu-

ye el medio de hacer mínima la incertidumbre en cualquier decisión jurídica, vaya ésta dirigida a construir, interpretar o aplicar una norma. Esta caracterización ayuda a poner en claro que el jurista requiere que la información le sea accesible según sus propios patrones de consulta, los cuales se hallan asociados a la estructura de su razonamiento y a sus métodos de argumentación. En esta perspectiva cobra una vital importancia para la Informática Jurídica el modo en que se construye un problema de decisión jurídica, cuál es la estructura del mismo, y cuáles son los mecanismos intelectuales que el hombre de derecho usa generalmente para resolverlos.

Probablemente, el más importante avance que provoca el enfoque del equilibrio entre las esferas se encuentra en la forma en que en él se asume el proceso de estructuración de los datos. En el enfoque dominantemente computacional, donde la esfera jurídica representa el conjunto dominado, prevalece claramente la forma lineal de estructuración, la cual provoca algunas consecuencias indeseables: en primer lugar, en esta forma de estructuración, cada acceso a la información produce un resultado único, el cual ha sido previamente determinado por quien tuvo a su cargo la tarea de estructuración; por otra parte, la propia linealidad de la estructura hace que las salidas, que son claras e inequívocas, resulten también triviales desde el punto de vista jurídico, y en la mayoría de los casos de poca relevancia para la solución de los problemas de decisión que intenta resolver el jurista; finalmente, el control de la información es completamente ajeno al usuario, con lo cual se desperdicia el extraordinario potencial de desarrollo que tiene el diálogo entre los programas de computación y sus destinatarios.

Como se señaló anteriormente, el enfoque del equilibrio entre la esfera computacional y la jurídica libera a la información de la limitación que supone la existencia de un algoritmo preestablecido. En tal clima de libertad, se hace posible la exploración de las formas de estructuración semántica, con resultados verdaderamente asombrosos: por una parte, las respuestas computacionales se enriquecen notablemente ante el desafío que significa abandonar la linealidad de la estructura, y producen soluciones más complejas y con mayor potencial para relacionarse apropiadamente con problemas específicos del área. Como una consecuencia de esta mejor relación, se estimula el uso de la filosofía de los llamados hipertextos, la que asumiendo que la estructuración semántica de los datos no es inmutable, sino que admite tantas trasformaciones como juristas trabajen con ella, genera una respuesta computacional que permite efectuar modificaciones en la estructura semántica, actividad propia del jurista cuando interpreta el Derecho. El usuario entonces entabla un diálogo inteligente con la información, la cual se transforma una y otra vez, ofreciendo la alternativa de trabajar con más de una respuesta a un mismo problema. El control de la información queda en consecuencia en manos de cada usuario, quien tiene la posibilidad de convertir un único conjunto de datos en múltiple infor-

mación relevante, mediante la generación de nuevas relaciones o conexiones. Por su parte, la exploración de tales nuevas relaciones entre conceptos sería inimaginable sin el apoyo de las herramientas computacionales.

III. EL REFINAMIENTO DE LOS PATRONES DE RAZONAMIENTO JURÍDICO

Es difícil imaginar un desarrollo intelectual con mayor potencial para contribuir a la comprensión de la lógica y de los problemas cognitivos del razonamiento jurídico que el que exhibe la rama de la Informática Jurídica dedicada a la Inteligencia Artificial. Los supuestos básicos de la misma sostienen que es posible construir un «motor de inferencia» que transite de manera automática el camino que seguiría la inteligencia humana para resolver un problema. La aplicación de la Inteligencia Artificial que ha resultado más influyente en el campo jurídico ha sido la de los sistemas expertos, que procuran emular el razonamiento que realiza un jurista cuando se dedica a buscar la respuesta a un determinado asunto. Para hacer posible tal emulación, el sistema experto cuenta con un conjunto de datos, y un algoritmo (motor de inferencia) que es capaz de establecer relaciones inteligentes entre aquéllos. El hecho de que un cuerpo de programas de computación pueda eficazmente realizar esta tarea, ha alimentado en muchos la idea de que la principal aplicación de los sistemas expertos legales estaría dirigida a sustituir a los jueces en algunas operaciones de inferencia. Tal creencia ha contribuido a desatar polémicas tan extensas como infecundas, acerca de las consecuencias prácticas y morales que tal sustitución podría tener para el Derecho y la Justicia.

Afortunadamente los desarrollos de vanguardia en el terreno de los sistemas legales expertos parecen señalar otro rumbo, el cual se avizora como dotado de una gran potencialidad heurística. En la determinación de este nuevo norte ha sido tan crucial la participación de categorías elaboradas por la Teoría de la Argumentación, la Teoría General del Derecho y por la Lógica de los Sistemas Normativos, como las propias de la Inteligencia Artificial. Este nuevo camino ha permitido explorar dos aspectos de máxima relevancia: uno es el relativo a los llamados procesos de refinamiento de los sistemas expertos; y el otro, el que concierne al estudio analítico de los patrones de razonamiento, inferencia y decisión empleados en el terreno jurídico. El punto intelectualmente más relevante a este respecto es que el desarrollo de ambos temas se ha llevado a cabo a base de una intensa interrelación entre el área computacional y la jurídica, habiéndose generado activos y permanentes canales de comunicación entre las mismas.

Si consideramos el proceso que ha precedido a la actual perspectiva en la materia, vemos que en los primeros sistemas expertos legales los

resultados lucían siempre desalentadoramente pobres, aun después de realizar grandes esfuerzos para capturar la estructura del razonamiento de un jurista en la solución del caso en cuestión, y de superar dificultades también superlativas en el desarrollo de los programas de computación que constituían el motor de inferencia. Esta pobreza en los resultados, unida a la idea de que la finalidad de los sistemas expertos era la de sustituir a los jueces en determinada tarea de inferencia, logró generar un clima de resistencia a los sistemas legales expertos, y a la Inteligencia Artificial en general. Por una parte, estaban los juristas que se preguntaban qué clase de motor de inferencia era aquel que después de complicados cálculos sólo lograba deducir satisfactoriamente cosas tan triviales como que la ley prohíbe el casamiento entre padres e hijos; y por la otra, los expertos en computación que sostenían, sin demasiada evidencia ni convicción, que el mero hecho de poder automatizar algunas decisiones simples, representa ya un gran avance para la organización judicial, y en consecuencia para el ejercicio del derecho. El supuesto lógico sobre el que se apoya esta generación de sistemas legales expertos es el de la lógica clásica; y el supuesto informacional es el de la existencia de información completa, tanto normativa como fáctica. La norma es utilizada como la premisa mayor, el supuesto de hecho como la premisa menor, a partir de las cuales se deriva mecánicamente una consecuencia.

La pobreza de los resultados de este enfoque de los sistemas expertos deriva de que ambos supuestos son extremadamente optimistas si se los considera en el marco de la inferencia y la toma de decisiones jurídicas. Todo jurista avezado, y naturalmente los lógicos del Derecho, saben que para resolver un caso se hace uso de un número de recursos mucho más amplios que los que caben en el silogismo clásico, y que muy pocas veces puede contarse con algo parecido a la información completa. Como consecuencia de la escasa plausibilidad de los supuestos, aun cuando las operaciones mecánicas sean correctamente realizadas, el contenido informacional del resultado es extremadamente pobre, con lo que todo esfuerzo desplegado no se refleja en los frutos obtenidos.

Además de la fragilidad extrema de sus supuestos, este enfoque de los sistemas legales expertos entra también en dificultades en razón de la filosofía general sobre la que se sostiene, cuando considera el asunto de la Inteligencia Artificial como un problema o bien matemático o bien de ingeniería de programación. Si se acepta lo primero es fácil concluir que la representación del razonamiento jurídico debe adaptarse a los formalismos y a la lógica previamente establecidos, ya que de lo contrario carecería de principios generales que lo sustenten; mientras que si se acepta lo segundo, estrechamente relacionado con lo primero, se llega a la errónea consecuencia de que por el solo hecho de ser producido mediante un programa de computación, un resultado tiene garantizada no sólo la coherencia formal con los axiomas de la programación, sino también la coherencia semántica con el razonamiento jurídico.

La incorporación de los llamados procesos de refinamiento como parte fundamental en los desarrollos de Inteligencia Artificial, contribuye a superar las deficiencias señaladas en el enfoque anterior, ya que propone una aproximación heurística a la solución de los problemas, la cual permite trabajar en sucesivas etapas con diferentes supuestos lógicos según sea la índole del asunto bajo consideración. Este enfoque se hace cargo del modo en que efectivamente los juristas abordan los problemas, incorporando diferentes esquemas lógicos, apelando a principios generales de diversa base, y sobre todo volviendo una y otra vez sobre los temas hasta lograr una respuesta razonable.

Cuando se elaboran los sistemas legales expertos basados en este enfoque de la Inteligencia Artificial, durante sucesivos procesos de refinamiento se incorporan a la solución de un problema, tanto los principios y axiomática de la lógica tradicional, como los propios del razonamiento por analogía, y los supuestos y estrategias de la lógica de la decisión racional. Se avanza así paso a paso en la búsqueda de respuestas razonables a casos cada vez más complejos e interesantes, que distan mucho de aquellas soluciones triviales que mostraban la imposibilidad legal de que un padre se casara con su hija. Y no sólo los casos resueltos han ganado en riqueza y complejidad, sino que también los programas de computación se han hecho más elegantes y amigables en el diálogo con los usuarios.

A la definición conceptual de este enfoque heurístico, han contribuido con similar fuerza las dos áreas de conocimiento implicadas en la Informática Jurídica. El área computacional ha desarrollado los métodos de refinamiento, que consisten en ir mejorando paulatinamente las soluciones, sobre la base de no considerar nunca al sistema experto como definitivamente concluido, sin importar cuán eficaz sea en su desempeño actual. Asimismo, las llamadas arquitecturas híbridas han permitido enlazar algoritmos apoyados en principios lógicos muy disímiles, de modo similar a como opera efectivamente el razonamiento de los juristas. Los métodos de refinamiento no sólo han hecho posible el logro de soluciones cada vez mejores, sino que también han favorecido la acumulación de nuevos hallazgos teóricos sobre los anteriores, y aun la combinación de soluciones arquitectónicamente distintas; esta capacidad dota a los sistemas expertos construidos bajo esta filosofía de una gran flexibilidad y extraordinaria potencia operativa.

En cuanto al área jurídica, las contribuciones conceptuales han sido igualmente relevantes. En primer lugar, la Teoría de la Argumentación ha permitido caracterizar cuál es la estructura de una respuesta correcta en el terreno jurídico, ayudando así a determinar cuánto hay en la misma de inferencia y cuánto de toma de decisión, como así también cuáles son los rasgos que hacen que una respuesta pueda ser considerada como superior a otra. Sobre las bases proporcionadas por la Metodología del Derecho, se han logrado caracterizar los diversos modos de alcanzar la solución a un problema jurídico, y también cuáles

son los métodos de representación del razonamiento al que normalmente se recurre.

Puede afirmarse que del contacto entre las disciplinas computacionales y las jurídicas concretado en el fértil terreno ofrecido por la Inteligencia Artificial, ha surgido tanto una nueva forma de producir la decisión jurídica, como una nueva estrategia para atacar los problemas de representación cognitiva implícitos en la construcción de los algoritmos denominados motores de inferencia.

IV. CONCLUSIONES

En el campo de la Informática Jurídica se han disputado tradicionalmente el terreno dos enfoques a los que hemos caracterizado respectivamente como «dominantemente computacional» y de «equilibrio entre las esferas». El primero sostiene que existe en la mencionada disciplina una esfera dominante y una de aplicación; la primera corresponde al área computacional, y la segunda, a la jurídica. En el segundo enfoque se sostiene que existe entre ambas esferas un equilibrio tal en relación al objeto de conocimiento que impide hablar de un área dominante y otra de aplicación.

La circunstancia de que el artículo «Informática Jurídica» esté ubicado en una Enciclopedia de Filosofía en el volumen dedicado al Derecho y la Justicia, implica tácitamente aceptar el segundo punto de vista acerca de las relaciones entre el aspecto computacional y el jurídico inherentes a la disciplina en cuestión, ya que si se aceptara el primer enfoque, dicha voz tendría poco que hacer en tal Enciclopedia, y mucho menos en el citado volumen.

El hecho de privilegiar una postura determinada, y que de dicha adhesión dependa la aceptabilidad de la inclusión del artículo «Informática Jurídica» en la *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, obliga a una justificación del por qué de tal decisión. Naturalmente, si los editores del volumen hubieran asumido la posición inversa no se hubiera podido explicar nada, circunstancia que habría empobrecido el paisaje que disfrutará el lector de la obra, al privarle de este breve contacto con una de las disciplinas que más ha contribuido a dotar de base informacional a la toma de decisiones jurídicas, y a mejorar el conocimiento de los patrones de razonamiento empleados en la elaboración y justificación de las mismas.

Para mejor evaluar la magnitud de la contribución de la Informática Jurídica al campo de la toma de decisiones, conviene recordar que la racionalidad de tales decisiones consiste en hacer mínima la incertidumbre que ellas puedan generar, minimización que está directamente asociada al manejo inteligente de la información y al uso de una estructura de razonamiento que resulte aceptable en la comunidad a la cual va dirigida. En el primer aspecto, el enfoque del equilibrio entre las esferas sostiene la

concepción según la cual en Informática no se trabaja con datos sino con información, lo cual supone incorporar un valor agregado a los datos originales. Este punto de partida conduce a la consecuencia de que el proceso de estructuración de los datos que genera la información debe estar guiado por un propósito y un criterio jurídicos previamente definidos. La visión de algoritmos que se aplican sin restricciones sobre una masa de datos sin forma es totalmente ajena a este planteamiento, el cual considera que los programas de computación son aplicación concreta de los algoritmos a un conjunto ya estructurado de datos al que se designa como información. Desde el punto de partida seleccionado por el enfoque del equilibrio entre las esferas, es relativamente natural aceptar que el problema de construcción de la información debe ser abordado usando el lenguaje del Derecho, de la misma manera que todo lo relacionado con los aspectos de algoritmos de cálculo constituye un problema básicamente del lenguaje de la Computación. Este hallazgo parece elemental, pero su desconocimiento ha producido consecuencias muy negativas en el enfoque dominantemente computacional.

El lenguaje del Derecho llevó a los procesos de construcción de la información todos los rasgos que le son propios: la textura abierta, el carácter vago de algunas palabras y, fundamentalmente, su semántica. Sin embargo, en el enfoque del equilibrio entre las esferas, éstos no son defectos u errores que hay que corregir a cualquier precio para llegar a perfilar un buen conjunto de aplicación de los algoritmos, sino que ellos mismos constituyen condiciones que generan un poderoso estímulo en la definición de estructuras de datos interesantes y complejas, semánticamente conformadas desde un punto de vista jurídico. Es evidente que la posibilidad de lograr una organización y luego una recuperación conceptual de los datos, constituye un elemento que enriquece informacionalmente la decisión, tornándola más discutible y defendible, y aumentando así su confiabilidad.

También el lenguaje del Derecho introdujo en la Informática Jurídica un asunto que resulta impensable en el lenguaje de los algoritmos; el carácter no necesariamente único de una cierta respuesta, la cual sin embargo, puede considerarse correcta dentro del sistema. Esta posibilidad de que exista más de una respuesta correcta, según sean los antecedentes que se seleccionen para tomar la decisión, pone en claro el valor que posee la semántica en el proceso de estructuración de los datos jurídicos. Pero, otra vez, en el enfoque del equilibrio entre las esferas esto no constituye una herejía que haya que exorcizar rápidamente, sino que siendo el rasgo típico de lo que se conoce como interpretación del Derecho, debe ser preservado en la estructura de los datos. Ha sido un bello problema para los diseñadores de algoritmos lograr el desarrollo de programas que se hacen cargo de este peculiar modo jurídico de acercarse a la solución de los problemas.

Como puede verse, en el campo de la interacción inteligente con la información hay más de una razón que justifica la aceptación del en-

foque del equilibrio entre las esferas, y en consecuencia justifica también la inclusión del artículo «Informática Jurídica» en el volumen sobre Derecho y Justicia de la *Enciclopedia de Filosofía;* otras razones adicionales surgen si se consideran las contribuciones que tal enfoque ha realizado en materia del análisis de las estructuras de razonamiento que conducen a las decisiones jurídicas. Dichas estructuras, al igual que el lenguaje del Derecho, poseen su forma peculiar de presentarse. Hay un cierto tipo de problema que queda bien resuelto con el solo empleo de las reglas de derivación propias del silogismo, mientras que en otros problemas hay que incorporar nuevas reglas, como sucede por ejemplo cuando se acepta que un caso guarda analogía con otro en virtud de que comparten ciertas propiedades relevantes para el asunto que se considera. También se produce la introducción de nuevas reglas cuando se comparan puntos de vista adversarios en relación a un problema, a fin de evaluar la racionalidad que exhibe cada una de las soluciones; y, finalmente, cualquier incorporación o desincorporación de datos en un esquema decisorio es realizada sobre la base de usar o desestimar ciertas reglas. Este modo de proceder del jurista hace que en cualquier decisión se pueda encontrar una extraña combinación de principios de la lógica clásica, con los de la lógica del razonamiento por analogía y los de la lógica de la decisión racional bajo incertidumbre. Todo esto ligado siempre al panorama de la llamada información incompleta. Es natural que un escenario semejante no resulte grato a quienes sostienen la postura dominantemente computacional, ya que se les presenta un paisaje de sistemas axiomáticos plurales, con varios cuerpos de reglas de derivación asociadas a cada uno de ellos; lo que dicho enfoque le pediría al jurista es que trabaje arduamente a fin de colocar sus decisiones bajo un único sistema de axiomas, y que las lleve adelante usando un solo cuerpo de reglas de derivación. En otras palabras, le pediría que deje de decidir como jurista y comience a decidir como autómata, con lo cual sería muy fácil desarrollar un algoritmo capaz de modelar su razonamiento. Tal petición es la que nunca realizaría el enfoque del equilibrio entre las esferas, ya que en la pluralidad de principios, axiomas y reglas de derivación ha encontrado el mayor estímulo para el desarrollo de nuevos fundamentos, arquitecturas y ambientes, los cuales no podrían vivir sin los rasgos que posee, y debe conservar el lenguaje jurídico; el mismo que ha ofrecido a la Ciencia de la Computación una oportunidad única para examinar fenómenos tales como la textura abierta, el razonamiento por analogía y la decisión con información incompleta o difusa; y, más aún, le ha permitido observar cómo ellos pueden coexistir en un mismo universo simbólico que es capaz de generar consecuencias razonables. En síntesis, esta equilibrada y fecunda relación entre los aspectos computacionales y jurídicos, muestra de la mejor manera posible lo que es la Informática Jurídica hoy y cuánto puede esperarse de su futuro.

BIBLIOGRAFÍA SELECTA EN ESPAÑOL

Aarnio, A. (1987), «Sobre la ambigüedad semántica en la interpretación jurídica»: *Doxa 4,* 109-117.

Aarnio, A. (1990), «La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico»: *Doxa 8,* 3-38.

Alchourrón, C. y Bulygin, E. (1979), *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, Universidad de Carabobo-Olijs, Valencia, Venezuela.

Alchourrón, C. y Bulygin, E. (1991), «Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico», en Id., *Análisis Lógico y Derecho,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 303-330.

Alchourrón, C. y Martino, A. (1987-1988), «Lógica sin verdad»: *Theoria 8-9,* 7-43.

Alexy, R. (1988), «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica»: *Doxa 5,* 139-151.

Alexy, R. (1989), *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Aguiló Regla, J. (1990), «Lenguaje jurídico, lenguaje documental y tesauro»: *Theoria 2/13,* 31-65.

Aguiló Regla, J. (1992), «Derogación, rechazo y sistema jurídico»: *Doxa 11*, 263-280.

Atienza, M. (1986), *Sobre la analogía en el Derecho*, Civitas, Madrid.

Barragán, J. (1987-1988), «El control automatizado de la coherencia de los sistemas de normas»: *Theoria 8-9,* 515-526.

Barragán, J. (1990), «La respuesta correcta única y la justificación de la decisión jurídica»: *Doxa 8,* 63-74

Barragán, J. y Barragán, L. (1991), «Los procesos de adquisición y refinamiento del conocimiento en un sistema experto legal», ponencia presentada en la Tercera Conferencia Internacional de Inteligencia Artificial y Derecho, Oxford, Inglaterra.

Bercovich, D. (1991), «SIREDOJ: un asistente legal para los contratos en la industria de la construcción», ponencia presentada en la Tercera Conferencia Internacional de Inteligencia Artificial y Derecho, Oxford, Inglaterra.

Bercovich, D. (1992), «El conocimiento heurístico y el contexto en los sistemas expertos», ponencia presentada en la Conferencia Internacional sobre Sistemas expertos y Derecho, La Habana, Cuba.

Bulygin, E. (1991), «Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos»: *Doxa 9,* 257-279.

Caracciolo, R. (1988), *El sistema jurídico. Problemas actuales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Carrión Wan, R. (1982), «Semiótica Jurídica e Informática Jurídica»: *Revista Latinoamericana de informática Jurídica 1,* 55-63.

Galindo, F. (1990), «Acceso a documentación jurídica mediante ordenador. Principios generales», ponencia presentada en el Congreso Internacional de Informática y Derecho, Buenos Aires, Argentina.

Iturralde Sesma, V. (1987-88), «Elementos semánticos-sintácticos de indeterminación en el lenguaje legal»: *Theoria 8-9,* 157-190.

Losano, M. (1987), *Curso de Informática Jurídica*, Tecnos, Madrid.

Martino, A. (1987-1988), «Sistemas expertos legales»: *Theoria 8-9*, 215-241.
Moreso, J. J., Navarro, P. E. y Redondo, M. C. (1992), «Argumentación jurídica, lógica y decisión judicial»: *Doxa 11*, 247-262.
Pérez Luño, A. E. (ed.) (1987), *Problemas actuales de la documentación y la informática jurídica*, Tecnos, Madrid.
Rodríguez, A. (1992), *Bases de Datos Sobre la Jurisprudencia en el Contencioso Administrativo de Anulación*, Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico-U.C.V., Caracas, Venezuela.
Vernengo, R. (1987-1988), «Categorías teóricas en el lenguaje jurídico y su formalización»: *Theoria 8-9*, 191-202.
Wróblewski, J. (1989), *«Sentido» y «Hecho» en el Derecho*, Universidad del País Vasco, San Sebastián.

II
TEORÍAS DEL DERECHO

EL IUSNATURALISMO

Eusebio Fernández

Voy a partir de una definición de Iusnaturalismo tomada de Carlos Santiago Nino:

> La concepción iusnaturalista —escribe— puede caracterizarse diciendo que ella consiste en sostener conjuntamente estas dos tesis: a) Una tesis de filosofía ética que sostiene que hay principios morales y de justicia universalmente válidos y asequibles a la razón humana. b) Una tesis acerca de la definición del concepto de derecho, según la cual un sistema normativo o una norma no pueden ser calificadas de «jurídicas» si contradicen aquellos principios morales o de justicia. Si alguien rechaza alguna de estas tesis, aun cuando acepte la otra (suponiendo que ello sea posible), no será considerado un iusnaturalista[1].

Esta caracterización de las concepciones iusnaturalistas parece plenamente correcta, aunque conviene señalar que recoge las versiones más puras y auténticas del Iusnaturalismo[2], es decir, las del Derecho natural ontológico, eliminando otras que servirían al modelo del Derecho natural deontológico y que no admitirían ser excluidas de una manera tan tajante del multisecular y variado campo del Iusnaturalismo.

La historia de las teorías iusnaturalistas es tan extensa que no puedo permitirme en este espacio ni tan siquiera mencionar sus momentos más importantes. Sirva como muestra el siguiente texto de Cicerón, es-

1. C. S. Nino, *Introducción al análisis del Derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1980, 27 y 28.

2. Para Bobbio, «Por "iusnaturalismo" entiendo aquella corriente que admite la distinción entre derecho natural y derecho positivo y sostiene la supremacía del primero sobre el segundo. Por "positivismo jurídico" entiendo aquella corriente que no admite la distinción entre derecho natural y derecho positivo y afirma que no existe otro derecho que el derecho positivo»; «Giusnaturalismo e positivismo giuridico», *Rivista di diritto Civile*, VIII (1962) 503-515, también en N. Bobbio, *El problema del positivismo jurídico*, E. Garzón Valdés (trad.), Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1965.

pecialmente significativo porque tanto su autor como el contenido sirven de puente entre las concepciones iusnaturalistas greco-romanas, especialmente las estoicas[3], y el iusnaturalismo cristiano-medieval:

> La verdadera ley es una recta razón, congruente, perdurable, que impulsa con sus preceptos a cumplir el deber y aparta del mal con sus prohibiciones; pero que, aunque no inútilmente condena o prohíbe algo a los buenos, no conmueve a los malos con sus preceptos o prohibiciones. Tal ley no es lícito suprimirla, ni derogarla parcialmente, ni abrogarla por entero, ni podemos quedar exentos de ella por voluntad del senado o del pueblo, ni debe buscarse un Sexto Elio que la explique como intérprete, ni puede ser distinta en Roma o en Atenas, hoy y mañana, sino que habrá siempre una misma ley para todos los pueblos y momentos, perdurable e inmutable; y habrá un único dios como maestro y jefe común de todos, autor de tal ley, juez y legislador, al que, si alguien desobedece huirá de sí mismo y sufrirá las máximas penas por el hecho mismo de haber menospreciado la naturaleza humana, por más que consiga escapar de los que se consideran castigos[4].

De todas formas, y pensando en la coincidencia de las dos tesis anteriormente mencionadas, ejemplificada en una importante serie de autores y corrientes de pensamiento jurídico, es necesario señalar que del resultado de una comparación entre ellas se desprende que «discrepan acerca del orígen o fundamento de los principios morales y de justicia que conforman el llamado "derecho natural" y acerca de cuáles son tales principios»[5]. Éste será uno de los puntos más vulnerables de las teorías del Derecho Natural, expuesto a críticas difícilmente rebatibles.

I. CRÍTICAS

El pensamiento jurídico contemporáneo se ha ocupado del Derecho Natural, ya sea para rescatar de algunas de las teorías históricas iusnaturalistas una serie de elementos que ayuden a la elaboración de una teoría de la justicia o de un concepto de Derecho más rico y explicativo que el utilizado por el positivismo legalista, ya sea para reivindicar la vigencia de la tradición iusnaturalista (o de parte de esa tradición, por ejemplo la tomista) o para hacerle objeto de las críticas más agudas.

Aquí me voy a referir exclusivamente a algunas de las críticas desarrolladas por tres juristas de reconocido prestigio e influencia en nuestro siglo. No es nada gratuito que estos tres autores se hayan preocupado, desde perspectivas teóricas parcialmente homogéneas, pero con una variedad de planteamientos que saltan a la vista, de someter a críti-

3. Sobre este punto cf.: A. Truyol y Serra, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado I*, «De los orígenes a la baja Edad Media», Revista de Occidente, Madrid, [4]1970, 205 ss., y A. Long, *La filosofía helenística*, P. Jordán de Urries (trad.), Alianza, Madrid, 1984, 111 ss.

4. Cicerón, *Sobre la República*, Introducción, traducción, apéndice y notas de A. D'Ors, Gredos, Madrid, 1984, Libro III, 22, 33, p. 137.

5. C. S. Nino, *o. c.*, 28.

ca las teorías del Derecho Natural. Pienso que ello no sólo se debe al triunfo del positivismo jurídico como concepción y método de estudio del Derecho, lo que por otro lado es evidente, sino a la necesidad de encararse con una serie de asuntos propiamente filosófico-jurídicos, que la tradición iusnaturalista ha ido solucionando de distintas maneras y que, una vez que se rechaza dicha tradición, hay que aceptar el reto de tratarlos adecuadamente desde el nuevo paradigma teórico. Algunos de esos asuntos tienen que ver con la relación entre justicia, eficacia y validez jurídica, con las fuentes del Derecho, con la aplicación e interpretación de las normas jurídicas, con los rasgos de la argumentación jurídica o con las razones para obedecer o desobedecer al Derecho. Pienso que ni el Iusnaturalismo ni el positivismo jurídico, tomados alternativamente, van a llegar a dar una respuesta satisfactoria. Quizá quepan —a mi me agradan más— soluciones integradoras de carácter parcial y provisional, mientras conseguimos una teoría mejor. En todo caso, presagio aún larga vida a la polémica entre positivistas e iusnaturalistas (más a los reformados que a los tradicionales). El hecho de que las ideas de Dworkin hayan sido criticadas por los positivistas, y que algunos iusnaturalistas (y algunos positivistas) hayan interpretado sus análisis críticos del positivismo jurídico como un nuevo renacimiento del iusnaturalismo, es un dato que merece cierta atención.

Las críticas a que me refería anteriormente proceden de Hans Kelsen, Alf Ross y Norberto Bobbio.

Kelsen caracteriza la doctrina del Derecho natural como el intento de deducir de la naturaleza humana un conjunto de reglas de conducta humana, satisfactorio desde el punto de vista de su bondad y expresión definitiva de la idea de Justicia. Además, la doctrina del Derecho natural parte del dualismo entre Derecho positivo y Derecho natural: «Por encima del Derecho positivo imperfecto creado por el hombre, existe un Derecho natural perfecto (absolutamente justo) establecido por una autoridad divina. Por tanto, el Derecho positivo queda justificado y es válido sólo en la medida en que corresponde al Derecho natural»[6].

Sin embargo, aunque la argumentación está preparada para obtener una única doctrina del Derecho Natural, en la práctica histórica ha ocurrido todo lo contrario: la existencia de varias doctrinas del Derecho Natural que defienden principios distintos (generalmente, los presupuestos por el autor o corriente de pensamiento que pretende estar en posesión de la verdadera teoría del Derecho natural).

A cualquier persona mínimamente reflexiva tiene que extrañarle lo ocurrido. Más aún a un autor tan cuidadoso de la argumentación racional y del análisis como Kelsen. De ahí que señale vigorosamente que la doctrina iusnaturalista

6. H. Kelsen, «La doctrina del Derecho natural ante el tribunal de la ciencia», en *¿Qué es Justicia?*, A. Calsamiglia (ed. y trad.), Ariel, Barcelona, 1982, 70 ss.

opera con un método que contiene errores lógicos y permite justificar los juicios de valor más contradictorios. Desde el punto de vista de la búsqueda de la verdad, este método carece por completo de valor. La doctrina del Derecho natural podrá resultar útil, desde el punto de vista político, como instrumento intelectual para la lucha por la consecución de unos intereses determinados [...] Es mentira que la doctrina iusnaturalista sea capaz de determinar de modo objetivo lo que es justo, como pretende hacerlo; pero los que la consideran útil pueden utilizarla como mentira útil[7].

Por su parte, Ross no ahorra agudos argumentos y acusaciones a las teorías del Derecho Natural.

No podía ser de otra forma, si partimos de las extremas diferencias entre concepciones, «la oposición entre la filosofía del derecho natural —escribe Ross— y una teoría jurídica realista, de fundamento sociológico, no es un contraste entre dos teorías científicas, sino entre una perspectiva en la que se combinan la magia, la religión y la metafísica, y otra de naturaleza científica»[8].

Las críticas a la filosofía del Derecho natural pueden ser realizadas desde distintos puntos de vista. Por ejemplo, desde el punto de vista epistemológico, «las aserciones metafísicas no admiten ser refutadas, precisamente porque ellas se mueven en una esfera que está más allá del alcance de la verificación. Hay que aprender simplemente a pasarlas por alto como algo que no tiene función o lugar legítimo en el pensamiento científico»[9]; o desde el punto de vista psicológico, «el deseo de lo absoluto que nos libere de responsabilidad y nos traiga paz tiene en la vida moral del hombre las mejores condiciones para transformarse en creencias metafísicas»[10] o, finalmente, desde el punto de vista político, donde el derecho natural ha jugado al mismo tiempo el papel conservador, evolucionista o revolucionario, aunque según Ross, y quizá con cierta exageración, «en el curso de la historia el derecho natural ha cumplido en forma primordial la función conservadora de dar al poder existente un halo de validez»[11]. En definitiva, es difícil tomarse en serio, según nuestro autor, una teoría de la que se puede escribir que «a semejanza de una cor-

7. H. Kelsen, *o. c.,* 112. Puede consultarse con provecho también el trabajo de 1927, «La idea del Derecho Natural», en Id., *La idea del Derecho Natural y otros ensayos*, F. Ayala (trad.), Editora Nacional, México, 1974, y el de 1961, «La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico», en Id., *Contribuciones a la Teoría pura del Derecho*, E. Bulygin (trad.), Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1969. Aquí escribe H. Kelsen: «Porque la doctrina del derecho natural es una *metafísica del derecho*, mientras que el positivismo jurídico sólo admite un saber del derecho cuyo objeto es el derecho *positivo*, esto es, el derecho creado mediante actos de voluntad de los hombres, mediante la legislación y la costumbre» (*Ibid.,* 121).

8. A. Ross, *Sobre el Derecho y la justicia*, G. R. Carrió (trad.), Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1963, 221.

9. *Ibid.,* 251.

10. *Ibid.,* 255.

11. *Ibid.,* 256.

tesana, el derecho natural esta a disposición de cualquiera. No hay ideología que no pueda ser defendida recurriendo a la ley natural»[12].

En tercer y último lugar, Bobbio representa una postura crítica, pero mucho más moderada y comprensiva hacia las teorías del Derecho Natural. Las viejas y nuevas críticas al Derecho natural —señala— pueden ser clasificadas entre las que se refieren al sustantivo y las que van dirigidas al adjetivo. Así, el «Derecho natural no es un derecho con el mismo título que el derecho positivo porque carece del atributo de la eficacia», «no garantiza ni la paz ni la seguridad», «la noción de "naturaleza" es de tal modo equívoca que se han llegado a considerar como igualmente naturales derechos diametralmente opuestos» e «incluso si fuera unánime el acuerdo sobre lo que es natural, de ello no cabría derivar un acuerdo unánime sobre lo que es justo o injusto»[13].

Sin embargo, la actitud de Bobbio es mucho más abierta y menos militante que las de Kelsen y Ross. Así, en el prólogo a su libro de 1965, *Il problema del positivismo giuridico*, señalará que «más que un contraste entre generaciones y entre concepciones del derecho, la oposición entre iusnaturalismo y positivismo jurídico se lleva a cabo, como decía, dentro de cada uno de nosotros, entre nuestra vocación científica y nuestra conciencia moral, entre la profesión de científico y la misión como hombre», para añadir más tarde, «precisamente, por haber vivido a fondo los motivos de la oposición entre positivismo jurídico y iusnaturalismo, no he creído nunca poder alistarme decididamente en uno u otro bando»[14].

II. ¿QUÉ ES LO QUE QUEDA DE LA DOCTRINA DEL DERECHO NATURAL?

Hans Welzel, al final de un importante libro suyo, se hace las siguientes preguntas:

> ¿Qué es lo que queda de los esfuerzos realizados a lo largo de dos mil quinientos años por la teoría del Derecho natural, a fin de lograr un conocimiento de la justicia material? ¿Qué es lo que queda de estos esfuerzos, que, a lo largo de una historia milenaria, se apagan una y otra vez, y una y otra vez se emprenden de nuevo? ¿Se trata sólo de un fenómeno histórico, que, en ocasiones, ha hecho surgir revolucionariamente los ideales ético-sociales de una época, mientras que, otras veces, los ha mantenido a la defensiva?[15].

12. *Ibid.*, 254.

13. N. Bobbio, «Algunos argumentos contra el Derecho Natural», en H. Kelsen, N. Bobbio y otros, *Crítica del Derecho Natural*, Introducción y traducción de E. Díaz, Taurus, Madrid, 1966, 236 y 237.

14. N. Bobbio, *El problema del...* , *cit.*, 9 y 10.

15. H. Welzel, *Introducción a la Filosofía del Derecho. Derecho Natural y justicia material*, F. González Vicén (trad.), Aguilar, Madrid, 1971, 249.

Las preguntas anteriores no han perdido actualidad unas décadas más tarde, yo opino más bien que la han ganado, aunque quizá esos esfuerzos de una historia milenaria sirvan para ayudarnos a plantear esos interrogantes desde otra perspectiva.

Intentando responder rápidamente a las preguntas lanzadas por Welzel, podríamos obtener el siguiente resultado: lo que queda de estos esfuerzos es un conjunto de teorías heterogéneas, plurales, variadas, riquísimas en ideas, que unas veces han guiado, o cuando menos estimulado o acelerado, la marcha por la consecución de los ideales humanistas de autonomía, libertad o igualdad, y otras veces han ayudado a mantener las injusticias del presente histórico convirtiendo «lo natural» en cómplice de los intereses de los poderosos. Una historia, pues, que no puede ser ignorada; una historia, en definitiva, con los mismos componentes de decencia e indecencia, de progresos y retrocesos, que la propia historia de la humanidad.

Pero Welzel y nosotros, y cualquiera que indague en la senda de esos dos mil quinientos años, no se va a sentir satisfecho con la representación, como en un escaparate (en este caso, de la comedia humana), de esos esfuerzos tan generosos que sólo la osadía y la ignorancia de algunos contemporáneos explica que no vean en esa historia más que un conjunto de disparates. Cuando incurrimos en el inevitable vicio de hacer este tipo de preguntas escabrosas a nuestra conciencia (que es al mismo tiempo el fruto de nuestro presente y de la síntesis de variabilidad y permanencia que es la historia de las sociedades) deseamos saber más. Por ejemplo: si es posible establecer con cierta solidez intelectual unos principios de justicia material, con mayor garra que las simples reglas convencionales de tal sociedad, pero sin la frialdad e inflexibilidad de los dogmas; o si el conocimiento de la historia de las teorías del Derecho Natural pueden facilitarnos esa tarea; o si encontramos sentido al texto siguiente de Kant, que para Welzel «podría servir de lema a toda la teoría del Derecho natural»[16]: «Todo pasa ante nosotros como el decurso de un río, y el gusto cambiante y las distintas figuras de los hombres hacen de todo el espectáculo algo incierto y engañoso. ¿Dónde encuentro puntos firmes de la naturaleza que el hombre no pueda nunca desplazar, y dónde puedo hallar referencias de la orilla a la que debe atenerse?».

Creo que los tres tipos de cuestiones son totalmente pertinentes, que a los tres se puede responder afirmativamente, y que en torno a ellos puede girar una reflexión contemporánea sobre el problema del Derecho Natural desde la Filosofía del Derecho. Además, creo que todo ello es compatible hoy con la defensa de las ideas de que el Derecho Natural no es Derecho sino ética jurídica, que no es natural (en el sentido de no cambiante) sino histórico (la historia del Derecho Natural alberga normas diversas y también opuestas entre sí varias veces), pero

16. *Ibid.*, 248.

que responde al contenido de unas exigencias morales (que hoy por hoy y para hoy pueden llegar a considerarse intangibles) derivadas de una cierta idea de dignidad humana. Se da por supuesto que debe tenerse en cuenta el hecho de que las características que debe cumplir el Derecho para ser considerado suficientemente justo no tienen por qué coincidir necesariamente con los contenidos de los mandatos de un poder político legítimo y legalmente establecido. De la misma forma, en caso de falta de coincidencia se presume que ello afecta a la justicia, pero no a la validez del Derecho[17].

Welzel concluye el citado libro con las siguientes palabras:

> Lo que queda del mundo de ideas del Derecho Natural no es un sistema de principios jurídicos materiales eternos, sino la exigencia frente al Derecho positivo —una exigencia que hay que cumplir bajo condiciones siempre nuevas— de que la lucha en torno a la conformación justa de las relaciones sociales sea siempre una polémica entre ideas, y no se trate de poner fin a ella por el sometimiento, ni mucho menos por la aniquilación del hombre por el hombre[18].

No está mal la propuesta de nuestro autor, sin embargo, me parece que la asunción de la historia de las teorías del Derecho Natural, y más aún en el caso de que nos permitamos seleccionar entre ellas de acuerdo con opciones valorativas que estamos dispuestos a defender y justificar racionalmente, podría llegar a posibilitar la incorporación de un planteamiento más ambicioso.

En otros lugares he mantenido la necesidad de reivindicar «la importante función histórica del Derecho Natural», «su aspiración ética», su comprensión como «ética jurídica material»[19], o la idea del Derecho natural deontológico como Derecho justo con una serie de funciones de control y vigilancia del ordenamiento jurídico, de fundamentación de los derechos humanos y de puente entre la moral y el Derecho[20]. Soy consciente de que todos los papeles anteriores solamente pueden ser jugados cabal-

17. Aunque me gustaría suscribir el contenido del siguiente párrafo de H. Welzel, creo que su postura facilita más la confusión que la claridad de ideas: «Un orden social es sólo Derecho, si es más que la manifestación de una determinada relación de poder; es decir, si en él se contiene el intento de hacer realidad lo justo y adecuado bajo las condiciones y supuestos de un momento histórico», (*Ibid.,* 266). Me parece que, en este sentido, es más adecuada la concepción positivista del Derecho, recientemente recordada y reivindicada por N. Hoerster: «Un concepto del derecho —apunta— materialmente neutral, un concepto del derecho que no esté reducido por ningún tipo de valoraciones, toma mejor en cuenta los fenómenos que hay que describir que un concepto del derecho más estrecho desde el punto de vista de su contenido [...] Por lo tanto, también normas extremadamente injustas o inmorales son en una determinada sociedad derecho vigente siempre que satisfagan los criterios internos de validez del Derecho, es decir, especialmente la Constitución de esta sociedad» (*En defensa del positivismo jurídico*, J. M. Seña (trad.), Gedisa, Barcelona, 1992, 19 y 20).

18. *Ibid.,* 267.

19. E. Fernández, *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos,* Debate, Madrid, 1984, 41, 39 y 42, respectivamente.

20. E. Fernández, *Estudios de Ética jurídica*, Debate, Madrid, 1990, 41, 44 y 45.

mente si estamos dispuestos y somos capaces de enumerar una serie de principios jurídicos materiales, de ética jurídica, muchos de ellos nada ajenos a la historia del Derecho Natural. No me atrevo a hablar de principios jurídicos materiales *eternos*, porque es tarea casi imposible la de hallar ejemplos históricos concretos de ese tipo de principios y con esa validez histórica (la eternidad es una idea más religiosa que filosófica). Tampoco creo que sea intelectualmente adecuado querer adelantarnos a los acontecimientos futuros con tanta rigidez, pero, en todo caso, se trataría de valores con cierta permanencia histórico-cultural y que hoy puedan ser universalizados. Si, por un lado, hay que ser conscientes de que las necesidades, deseos y aspiraciones de los seres humanos tienen un alto grado de continuación y estabilidad históricas, que nos permiten hablar de naturaleza humana[21], por otro lado no debemos olvidar que, como señaló Raymond Aron, «los valores no se afirman ni se inventan fuera de ese intercambio incesante entre el individuo y el medio, intercambio que constituye una de las características de la historicidad del hombre»[22].

De gran interés para estos temas es la reflexión de Isahiah Berlin, quien no puede ser situado profesionalmente ni dentro de la Ética ni de la Filosofía del Derecho, pero que en varios puntos demuestra una inteligencia y claridad notables para problemas fundamentales de esas disciplinas.

En primer lugar, Berlin pone en duda algo que entre varios filósofos y teóricos del Derecho de corte positivista se ha dado por supuesto acríticamente, sin suficiente reflexión, muchas veces de forma algo fanática y que ha funcionado como un prejuicio: el relativismo moral.

Ya en el prólogo a su libro *Cuatro ensayos sobre la libertad*, señalaba: «En cuanto a la cuestión de la relatividad y de la naturaleza subjetiva de los valores, yo me pregunto si ésta ha sido exagerada por los filósofos para apoyar sus argumentaciones: si los hombres y sus concepciones han sido tan diferentes en grandes unidades de espacio y tiempo como a veces se les ha representado»[23].

21. Respecto de algunas opiniones sobre su artículo de 1949, «Historia y etnología» (también en *Antropología estructural*), C. Lévi-Strauss ha respondido: «Al restaurar la vieja noción de naturaleza humana, sólo recordaba que el cerebro humano está hecho en todas partes de la misma forma, y, por tanto, que sobre el funcionamiento de la mente se ejercen coacciones idénticas. Pero esa mente no trata aquí y allá los mismos problemas. Estos son planteados, bajo formas extraordinariamente diversas, por el medio geográfico, el clima, el estado de civilización en que se encuentra cada sociedad en el momento en el que se la considera, su pasado histórico antiguo y reciente; y, para cada miembro de la sociedad, su temperamento, su historia individual, su posición en el grupo, etc. La maquinaria es igual en todas partes, pero no las entradas ni las salidas» (C. Lévi-Strauss y D. Eribon, *De cerca y de lejos*, M. Armiño (trad.), Alianza, Madrid, 1990, 143). Es interesante consultar la obra de M. Harris, *Nuestra especie,* G. Gil, J. Calvo e I. Heimann (trads.), Alianza, Madrid, 1991.

22. R. Aron, «Introducción», en M. Weber, *El político y el científico*, F. Rubio Llorente (trad.), Alianza, Madrid, 1988, 17.

23. I. Berlin, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, B. Morutia, J. Bayón y N. Rodríguez Salmones (trads.), Madrid, 1988, 54 y 55.

Para Berlin se puede hablar de naturaleza humana, ya que existe una humanidad compartida que evita que cada civilización se encuentre encerrada en «su propia burbuja impenetrable». De ahí su interés en distinguir entre el relativismo y el pluralismo. Mientras el relativismo es «una doctrina según la cual el juicio de un hombre o de un grupo, dado que es expresión o afirmación de un gusto, o una actitud emotiva o un punto de vista, es sólo lo que es, sin ninguna correspondencia objetiva que determine su veracidad o falsedad», el pluralismo expone que,

> hay muchos fines, muchos valores últimos, objetivos, algunos incompatibles con otros, que persiguen diferentes sociedades en diferentes épocas, o grupos diferentes en la misma sociedad, clases enteras o iglesias o razas o individuos particulares dentro de ellas, cada uno de los cuales puede hallarse sujeto a exigencias contrapuestas de fines incompatibles, pero igualmente objetivos y últimos. Estos fines pueden ser incompatibles, pero su variedad no puede ser ilimitada, pues la naturaleza de los hombres, aunque diversa y sujeta al cambio, debe poseer cierto carácter genérico para que pueda llamársele humana[24].

Existe, por tanto, una serie de valores compartidos, «un mínimo sin el que las sociedades difícilmente podrían sobrevivir»[25], con cierta objetividad y universalidad[26].

La necesidad de aceptar y respetar esos valores es imperiosa para cualquier sociedad decente; algunos de ellos son los que fundamentan las normas que prohíben prestar falso testimonio, o torturar libremente, o asesinar a otros hombres por placer. Valores, principios y normas que son presupuestos del ser humano y que posibilitan la convivencia y el reconocimiento recíproco como personas. La conclusión de Berlin no puede ser más clara y su referencia al Derecho Natural no puede dejarnos impasibles:

> Se trata de una especie de retorno a la idea antigua del Derecho Natural pero, para algunos de nosotros, con un ropaje empírico, no ya necesariamente basado en fundamentos teológicos o metafísicos. Por tanto, hablar de nuestros valores como objetivos y universales no equivale a decir que exista algún código objetivo, que se nos haya impuesto desde fuera, que no podamos quebrantar porque no lo hicimos nosotros; equivale a decir que no podemos evitar aceptar esos principios básicos porque somos humanos[27].

En definitiva, y ya para finalizar, creo que la reflexión sobre una serie de aspectos jurídicos y filosófico-jurídicos que tradicionalmente

24. I. Berlin, *El fuste torcido de la humanidad. Capítulos de historia de las ideas*, H. Hardy (ed.), J. M. Alvárez Florez (trad.), Península, Barcelona, 1992. Cf. el prólogo de Salvador Giner a esta obra, especialmente pag. 9.

25. *Ibid.*, 36.

26. Cf. *Isaiah Berlin en diálogo con Ramin Jahanbegloo*, M. Cohen (trad.), Anaya & Mario Muchnik, Madrid, 1993, 59, 142, 143, 188 y 189.

27. *Ibid.*, 192 y 193.

ha sido llevada a cabo por las teorías del Derecho Natural, sigue abierta. El conocimiento de su historia, de sus aportaciones, de las críticas a su manera de argumentar y fundamentar valores, de sus fracasos y de sus renacimientos, es hoy imprescindible para quien desee pensar libremente, es decir, sin prejuicios, e intente aclararse en un estudio total, integrador y no parcial ni reduccionista del fenómeno jurídico. El asunto hoy no es de etiquetas, de declararse iusnaturalista o no, sino de no ignorar una serie de problemas que tradicionalmente el iusnaturalismo se ha planteado, ha intentado solucionar, con más orgullo que eficacia, y que se encuentran ahí dispuestos a retarnos y aguijonear nuestra conciencia y nuestra reflexión. Los que giran en torno a la relación entre justicia y Derecho serían los más inmediatos. Sin olvidar el consejo enunciado por Guido Fassó, de que «sólo desligado de la idea de un derecho natural metafísico, extrahistórico, eterno e inmutable, el iusnaturalismo puede encontrar un lugar en la cultura jurídico-política actual»[28].

28. G. Fassó, «Iusnaturalismo», en N. Bobbio y N. Mateucci (directores), *Diccionario de Política I*, R. Crisafio, A. García, M. Martín y J. Tula (trads.), Siglo XXI, Madrid, ²1982, 872.

EL POSITIVISMO JURÍDICO

Ulises Schmill O.

I. INTRODUCCIÓN

1. *Advertencia*

Este trabajo tiene por objeto hacer una presentación breve de la corriente doctrinal en el campo de la jurisprudencia, conocida como «positivismo jurídico». No es una exposición de las posiciones teóricas particulares de los diversos autores a los que puede considerarse «positivistas». Ciertamente, contendrá algunas indicaciones históricas, con el fin de que el lector tenga una orientación esquemática sobre algunas de las circunstancias culturales en las que hace su aparición el positivismo jurídico. El objetivo fundamental de este trabajo consiste en presentar la problemática planteada a esta corriente doctrinal sobre el tema del derecho, los supuestos filosóficos y metodológicos con los que maneja su objeto de conocimiento, así como sus rendimientos teóricos centrales.

De lo anterior se sigue que la exposición será de carácter objetivo, interesada más en la sustancia del enfrentamiento histórico con otras corrientes jurisprudenciales, como la del iusnaturalismo, que en el relato de las diversas posiciones individuales de los autores que se alinean en los campos doctrinales en contienda. En el trabajo se pone especial énfasis en la posición adoptada por Hans Kelsen (1981-1973), por ser este autor el más conspicuo de los positivistas y el que ha desarrollado la problemática de esta postura de una manera más completa y consecuente.

2. *Origen del positivismo moderno*

No existe una definición única de la palabra «positivismo»; todos los autores que la utilizan le confieren diverso significado. La expresión «positivismo» designa un conjunto de corrientes filosóficas y científicas, algunas de las cuales se encuentran en relativa oposición entre sí. Sin

embargo, como dice Abraham Kaplan, puede distinguirse entre un positivismo del siglo XIX y un positivismo del siglo XX (1968, 12, 389), a pesar de que ambos tienen como origen común el gran movimiento cultural del siglo XVIII conocido como «la Ilustración» o «el Iluminismo». Para caracterizar la peculiaridad histórica de este movimiento cultural debemos citar las memorables palabras de Imanuel Kant (1724-1804), quien en muchos aspectos puede ser considerado como uno de los autores que más condicionó el nacimiento del positivismo filosófico:

> La ilustración consiste en el hecho por el cual el hombre sale de la minoría de edad. Él mismo es culpable de ella. La minoría de edad estriba en la incapacidad de servirse del propio entendimiento, sin la conducción de otro. Uno mismo es culpable de esta minoría de edad, cuando la causa de ella no yace en un defecto del entendimiento, sino en la falta de decisión y ánimo para servirse con independencia de él, sin la conducción de otro. ¡Sapere aude! ¡Ten valor de servirte de tu propio entendimiento! He aquí la divisa de la ilustración.

Newton había dicho «*hipothesis non fingo*» y había construido el sistema del universo a partir de los *phenomena* establecidos por observadores tan conspicuos como, por ejemplo, Tycho Brahe (1546-1601). Estos *phenomena* eran representaciones matemáticas o geométricas de las observaciones realizadas, durante pacientes años de acucioso trabajo, sobre las posiciones relativas de los planetas en el sistema solar, así como descripciones de las órbitas de los mismos. Sus leyes del movimiento y el principio de gravitación universal habían dado cuenta y razón de todos estos *phenomena*, construyendo el sistema del universo con elementos puramente racionales, de fundamento matemático, sin la ayuda de hipótesis de origen divino o mandatos eclesiásticos.

El hombre adquirió confianza en su propio entendimiento y en la autonomía de su razón. Desde entonces es posible comprender de manera autónoma, independiente de toda religión o autoridad, el sistema del mundo. La teología y la metafísica fueron citadas ante el tribunal de la ciencia y se descalificaron sus pretensiones cognoscitivas y morales, declarándose no confiables e insuficientemente justificadas por los únicos patrones disponibles para el ser humano: su propia y limitada razón y experiencia. El hombre asume su autonomía y se dedica a construir y reconstruir, de manera completamente independiente de cualquier autoridad o tradición, los conocimientos que lo orientan dentro de este mundo y las instituciones en las que vive. La ciencia se convirtió en el instrumento de esta revolución del pensamiento.

3. *Supuestos culturales del positivismo*

No es necesario exponer aquí las aportaciones fundamentales de los autores (Descartes [1596-1650], Hume [1711-1776], Locke [1632-1704], Berkeley [1685-1753], Bacon [1561-1626], Kant, Mach [1838-1916], Avenarius [1843-1896], Comte [1798-1857], el Círculo de Vie-

na) que prepararon y consumaron el advenimiento del positivismo de los siglos XIX y XX. En todos ellos se contienen contribuciones de carácter metodológico, particularmente en el avance de ciertos presupuestos culturales que tienen carácter previo: preocupación vital sobre cierto tipo de problemas, con una manera especial de abordarlos, así como con el rechazo concomitante de otra clase de posiciones filosóficas o religiosas, en relativa oposición a las ciencias empíricas.

El positivismo no es un paradigma determinado, concluido, definitivo, como un código de leyes caído del cielo, sino una posición filosófica ante los problemas más acuciantes del conocimiento y la moralidad. El postulado fundamental es que la ciencia es el único criterio de verdad, la ciencia es la «medida» de lo que es y de lo que no es, de lo que existe y de lo que no existe, así como de aquello sobre lo que tiene sentido la formulación de preguntas y la obtención de las respuestas correctas. Si la Edad Media fue una época en la que la totalidad de la vida estaba permeada por la religión, al grado que no existía una sola actividad que no tuviera una coloración ultramundana, el positivismo creó un ambiente radicalmente antimedieval, en donde ninguna cuestión religiosa tenía cabida o podía legitimarse. Si la ciencia es el único conocimiento válido, sólo los hechos empíricos son objeto de conocimiento posible. El positivismo niega la posibilidad de cualquier otro conocimiento que no sea el conocimiento de hechos empíricos observables y, por tanto, niega la existencia de fuerzas o acontecimientos de carácter trascendente, ultramundano o metafísico. Hume expresa todo esto de una manera muy impresionante y radical:

> Cuando uno recorre las bibliotecas persuadido de estos principios ¿qué destrucciones tenemos que realizar? Si tomamos en nuestra mano cualquier volumen, por ejemplo sobre la divinidad o una escuela de metafísica, preguntémonos *¿contiene cualquier razonamiento abstracto relativo a la cantidad o al número?* No. *¿Contiene algún razonamiento experimental relativo a alguna cuestión de hecho y existencia?* No. Arrojémoslo a las llamas, porque no contiene otra cosa que sofistería e ilusión (1973).

II. CARACTERIZACIÓN DEL POSITIVISMO

1. *El positivismo científico*

El positivismo determina tanto el tipo de conocimiento que es legítimo o válido, como la clase de objetos que pueden ser materia de un conocimiento científico. En este sentido, es fundamental mencionar la posición de Mach, cuya influencia durante el siglo pasado fue determinante en la evolución de la física y de la filosofía. Según Mach, la ciencia provee descripciones concretas de las interdependencias funcionales entre fenómenos. Los elementos que se encuentran relacionados por las leyes científicas son experiencias puras que no son ni mentales ni físicas, sino

datos neutrales, susceptibles de ser considerados por todas las ciencias, las cuales se distinguen entre sí por la peculiar manera de interrelacionar estos elementos. Las ciencias sólo pueden proporcionar descripciones de las relaciones que guardan los fenómenos; pueden determinar *cómo* acontecen los fenómenos, no *por qué* acontecen. Cualquier intento de explicación de un acontecimiento, mediante la contestación a la pregunta «¿por qué?», es para el positivismo un intento metafísico. Esta última observación puede describirse de la siguiente manera:

1) sólo hay fenómenos y leyes descriptivas de los fenómenos; por tanto, el objeto de las consideraciones científicas son experiencias empíricas; a este principio lo podemos llamar «*emp 1*».

2) las ciencias se distinguen entre sí por la manera peculiar de organizar los fenómenos y por los particulares puntos de vista que utilizan para llevar a cabo su tarea descriptiva; a este principio lo podemos llamar «*emp 2*».

3) debe rechazarse toda explicación metafísica, que vaya más allá de los límites estrictos de las ciencias empíricas; a este principio lo podemos llamar «*emp 3*».

2. *El positivismo jurídico*

Los principios del positivismo filosófico se aplican estrictamente al positivismo jurídico, pudiendo desprenderse de ellos las características fundamentales de los diversos usos que la expresión «positivismo jurídico» ha tenido en el transcurso del tiempo.

Kelsen afirma que por positivismo jurídico debe entenderse toda teoría del derecho que concibe o acepta como su exclusivo objeto de estudio el derecho positivo y rechaza como derecho cualquier otro orden normativo, aunque se le designe con ese nombre, como es el caso del derecho natural (1965, 465-468). En este concepto de positivismo jurídico encontramos consignados los tres principios que hemos determinado para el positivismo filosófico. En realidad, el positivismo jurídico, con sus diversos matices, puede ser considerado como una aplicación, más o menos consecuente, de nuestros tres principios «*emp*».

El objeto de consideración de la ciencia jurídica son las normas positivas, las que son consideradas como las experiencias fundamentales a las que debe referirse la ciencia del derecho. A este principio podemos denominarlo «*emp jur 1*».

La función de la ciencia jurídica consiste en la descripción de las relaciones funcionales existentes ente las normas positivas, objeto de la ciencia jurídica. A este principio podemos denominarlo «*emp jur 2*».

Debe rechazarse toda teoría que afirme la existencia de normas no positivas, cualquiera que sea la fuente o el origen de ellas, como metafísica jurídica. A este principio podemos denominarlo «*emp jur 3*».

Los tres principios se corresponden, en mayor o menor medida, aunque no de manera directa, con los tres aspectos diferentes, desde

los cuales —señala Bobbio— se ha presentado históricamente el positivismo jurídico: 1) como un modo de acercarse al estudio del derecho; 2) como una determinada teoría o concepción del derecho; 3) como una determinada ideología de la justicia (1965, 39-40). No es necesario exponer la caracterización que de estos tres aspectos hace Bobbio (1965) en sus ensayos sobre el positivismo jurídico. Baste decir que existe la correspondencia señalada anteriormente. También es fácil relacionar lo dicho hasta ahora con los cinco temas fundamentales que presenta H. L. A. Hart (1907-1992) en su ensayo «Legal Positivism», publicado en *The Encyclopaedia of Philosophy* (1967, IV, 418-420).

III. APORTACIONES FUNDAMENTALES DEL POSITIVISMO JURÍDICO

1. *Planteamiento*

Es conveniente señalar al efecto cuál ha sido la determinación de su objeto de conocimiento, la forma como lo ha determinado o constituido, para utilizar terminología kantiana, y cuál ha sido la posición que ha asumido en relación con el eterno problema y tema filosófico del derecho natural. Estos tres puntos se encuentran entrelazados de manera inescindible. Sin embargo, para fines expositivos haremos las divisiones mencionadas. En nuestra exposición seguiremos primordialmente la teoría de Kelsen, en el entendimiento de que los temas que se abordan se encuentran contenidos en las obras de otros autores positivistas como Bentham (1748-1832), Austin (1790-1859) o Hart, algunos de los cuales se encuadran en la corriente analítica de la jurisprudencia y comparten, en gran medida, el punto de vista del positivismo jurídico.

Los temas centrales de toda ciencia —hablando positivistamente— son, en primer término, la determinación de los *elementos objeto de su consideración*; y, en segundo lugar, el establecimiento de un *criterio unificador descriptivo de su objeto de conocimiento*. En este segundo aspecto se trata de establecer *la unidad del concepto del objeto de estudio*.

Es un hecho histórico que los juristas y los filósofos de las distintas corrientes han admitido diversas tesis que afirman la existencia de una pluralidad de órdenes normativos, distintos entre sí, que se presentan con pretensiones de validez, o lo que es igual, con la pretensión de normar, de modo obligatorio, la conducta humana. Podemos decir, de manera sumaria, que los órdenes normativos que se presentan con esta pretensión de validez, cualquiera que sea su fundamento, son en principio los siguientes:

a. el derecho positivo nacional
b. el orden normativo constitutivo del Estado
c. el derecho internacional

d. las normas morales, de cualquier tipo
e. el derecho natural
f. las normas religiosas, de cualquier tipo
g. las normas convencionales o convencionalismos sociales, de cualquier tipo.

Es pertinente observar en este lugar que la obra teórica de Kelsen presenta la hipótesis que logra la unificación de los primeros tres órdenes normativos, que en conjunto constituyen lo que es considerado como Derecho positivo. Más adelante se harán algunas consideraciones sobre los restantes órdenes de normas, desde el punto de vista de las tesis adoptadas por el positivismo.

2. *El derecho positivo nacional*

La teoría del derecho se ha ocupado de manera constante del derecho positivo nacional. Sin embargo, la diversidad de doctrinas en relación con estos temas, no deja duda alguna sobre el hecho de que todos los tratadistas afirman la existencia de un conjunto de normas, a las que le dan el hombre de «derecho» y que, de una u otra forma, las consideran el prototipo de las normas jurídicas. Este conjunto de normas, delimitado con mayor o menor precisión, se integraría con el derecho civil, el derecho penal, el derecho administrativo, el derecho mercantil, etc. Estos complejos normativos eran considerados, en el siglo pasado, como el prototipo del derecho nacional. A él estaban dirigidas las consideraciones teóricas de los juristas dogmáticos[1].

3. *El orden normativo constitutivo del Estado*

Paralelamente al derecho positivo nacional de carácter privado o público, se presenta a la consideración de los juristas el derecho constitutivo del Estado, a veces identificado con el derecho público. Lo que importa señalar es que muchos de los teóricos del Estado consideraban a éste un objeto específico regido por un orden normativo (no siempre identificado con el derecho público), por normas propias, de naturaleza social, positivas, que determinaban el comportamiento de los sujetos titulares de los órganos del Estado de una manera tan rígida que podía considerarse que operaban con la misma efectividad de las leyes naturales. El Estado constituía un objeto de estudio propio, independiente del derecho, aunque en relación estrecha con él. El derecho público generalmente era el derecho que se relacionaba con el Estado. La relación entre los derechos nacionales y el orden del Estado no estaba claramente delimitada.

1. No es pertinente en este ensayo hacer referencia a otras épocas históricas. El lector interesado en ello puede consultar Berman (1983).

4. *El derecho internacional*

Por otra parte, desde tiempo atrás venía desarrollándose un cuerpo doctrinario muy importante y de profundas raíces históricas, sobre el conjunto de normas que regulan la conducta de los Estados en sus relaciones recíprocas (Weckmann, 1993).

Durante los siglos anteriores, cada una de estas tres corrientes doctrinarias era construida de manera independiente y separada. Basta leer los libros fundamentales de teoría jurídica del siglo pasado o principios del presente siglo, para darse cuenta de las dificultades teóricas que originaba esta pluralidad de puntos de vista. Dentro de cada uno de estos cuerpos teóricos existían, sin embargo, elaboraciones muy importantes, que resultarían muy fructíferas con posterioridad.

Debemos reconocer expresamente el genio de John Austin (1790-1859), el gran jurista inglés, quien con la más audaz e inteligente concepción intentó exitosamente, sobre la base de sus estudios de la jurisprudencia continental —especialmente la alemana—, la unificación de estos diversos órdenes normativos en un único sistema, incluyendo en él, claro está, las normas morales y el derecho natural. Dentro de su elaboración teórica, el punto de vista fundamental es el concepto de positividad, es decir, la admisión de la existencia de normas que son el mandato de un soberano.

El siguiente paso teórico para lograr el concepto de la unificación de los órdenes normativos mencionados fue dado por Kelsen en 1910, al publicarse su primera gran obra[2]. En ella encontramos, sobre la base filosófica de la teoría de la experiencia de Kant, una concepción unitaria de los conceptos jurídicos fundamentales, tal como habían sido elaborados en el curso del siglo pasado por los diversos juristas y filósofos del derecho. En esta obra se hace una revisión exhaustiva de la teoría del derecho propia del siglo pasado y se establece, por vez primera, dentro del ámbito de la jurisprudencia continental, una postura unitaria sobre la totalidad de los temas iusfilosóficos. Se discute pormenorizadamente cada una de las teorías sobre el derecho y sobre los conceptos jurídicos fundamentales, como son el de sanción, antijuridicidad, derecho subjetivo, obligación, responsabilidad, etc. Esta obra contiene la primera aportación fundamental de Kelsen, a partir de la cual y con base en ella, construirá la totalidad de su sistema teórico subsecuente[3].

2. Cf. Kelsen, 1910, XXXVII.

3. Es conveniente señalar que toda teoría es un intento, más o menos exitoso, de crear una concepción unitaria sobre determinados objetos. Podemos observar en las ciencias naturales una progresiva unificación de las ciencias que, en principio, tenían objetos de explicación parciales. Actualmente se ha progresado tanto en esta tendencia, que hay autores que afirman que se espera, en un futuro no lejano, se logre construir una teoría que unifique la totalidad de las leyes naturales formuladas hasta la fecha, la *TOE (Theory of Everything)*, e.i. la teoría que

Kelsen, en su segunda gran aportación teórica (1922), logró unificar dos teorías diferentes: la teoría del derecho y la teoría del Estado, mediante su tesis de la identidad del derecho y el Estado. El orden jurídico, como orden coactivo de la conducta humana, y el Estado, como «aparato coactivo», constituyen el mismo objeto de conocimiento. El orden jurídico y el orden estatal son uno y el mismo orden de normas: el derecho positivo. Dice Kelsen, en el prólogo de su *Teoría General del Estado*, en donde resumió las aportaciones teóricas hechas monográficamente con anterioridad y donde da cuenta de su posición histórica en la ciencia de las normas:

> Ahora, al resumir y completar los resultados de mis anteriores trabajos monográficos en un sistema de Teoría general del Estado, veo con más claridad que antes hasta qué punto descansa mi labor en la de los grandes predecesores; ahora me siento más unido que nunca a aquella dirección científica que tuvo en Alemania como sus representantes más ilustres a Karl Friedrich von Gerber, Paul Laband y George Jellinek... Cuando yo reconozco el orden jurídico como sistema de normas y el Estado como orden jurídico (por lo cual sustituyo la orientación causalista de la ciencia del Derecho y del Estado por el punto de vista normativo); cuando en lugar de la idea metafísica del Estado pongo su concepto trascendental y recalco los límites entre el contenido posible o real (positivo) del Estado y su contenido «verdadero» o «justo»; cuando suprimo las distinciones —que por representar antítesis absolutas destruyen toda unidad— entre Derecho público y privado, subjetivo y objetivo, entre norma jurídica y sujeto de derecho, entre creación y aplicación de Derecho, etc., para no reconocerlas más que como diferencias de contenido dentro de un sistema cuya unidad es indestructible; en fin, cuando sólo pregunto por la significación objetiva del acto jurídico y no por su sentido subjetivo, sé que me pongo en contradicción con muchos autores de renombre. Y sin embargo, no hago más que desarrollar un germen que por doquiera se hallaba en estado de latencia. Yo creo haber acelerado el ritmo de la inevitable evolución de mi disciplina, poniendo en estrecho contacto la provincia algo lejana de la ciencia jurídica con el fructífero centro de todo conocimiento: la Filosofía (1934, vii-viii).

En 1920 concluye Kelsen su libro *El Problema de la Soberanía y la Teoría del Derecho Internacional*, el cual contiene su tercera gran aportación teórica: la constitución de un único sistema de normas a partir de los órdenes jurídicos nacionales y el derecho internacional. Ya no se trata de la identificación de dos órdenes normativos que aparecen superficialmente como distintos, por el hecho de utilizar legalidades epistemológicas diferentes: la categoría del deber ser, en el caso del derecho, y la de la causalidad, en el caso del Estado, sino de un problema estrictamente normativo: ¿cómo es posible formar un sistema único con dos órdenes jurídicos distintos, concebidos desde el punto de vista de una y la misma legalidad normativa, el deber ser?

unifique, en un conjunto de leyes específicas, las cuatro fuerzas o interacciones conocidas que operan en el universo: la fuerza electromagnética, la fuerza fuerte, la fuerza débil y la fuerza de la gravitación. Ésta es una tendencia observable del conocimiento de cualesquiera objetos.

La solución se encuentra en el *concepto dinámico del derecho*, es decir, en el concepto de que el derecho regula su propia creación escalonada. Dos órdenes normativos forman una unidad siempre que uno de ellos se encuentre subordinado al otro, en el sentido de que uno es el fundamento de validez positivo del otro, es decir, si uno de los órdenes normativos establece los procesos de creación del otro u otros y determina sus ámbitos de validez normativa. Con ello, se establecen las *condiciones epistemológicas para lograr la unificación de diversos órdenes normativos*. Con base en este concepto, se puede obtener la unidad del orden jurídico, el estatal y el internacional.

Éstas son las aportaciones fundamentales del positivismo jurídico de Kelsen, presentadas de manera muy esquemática y general. Las doctrinas anteriores prepararon el camino para la construcción de estas aportaciones fundamentales.

IV. CONSECUENCIAS CRÍTICAS DEL POSITIVISMO JURÍDICO

En la *Crítica de la Razón Pura*, de Kant, existe una parte de fundamentación positiva de la física de Newton y una parte de crítica a la metafísica; análogamente, el positivismo de Kelsen tiene una parte crítica de lo que podría llamarse la «metafísica del derecho». Sería la parte correspondiente a la Dialéctica, en el sentido kantiano de la expresión. Se intenta demostrar que *no* es posible la unificación, en un mismo sistema de conocimiento, de los órdenes normativos que hemos mencionado en los puntos *d, e, f, g*, es decir, de las normas morales, de las normas del derecho natural, de las normas religiosas y de las normas convencionales.

Si queremos utilizar dibujos que expresen lo que estamos diciendo, podemos presentar lo siguiente:

derecho positivo = a + b + c

Los otros órdenes normativos, es decir, la moralidad, el derecho natural, las normas religiosas y las convencionales, han sido objeto de múltiples e inacabables discusiones y análisis. Son los eternos problemas de la justicia, la ética y la teología lo que está en juego, en toda su caleidoscópica variedad y complejidad. La postura del positivismo jurídico consiste fundamentalmente en la afirmación de dos tesis diferentes, pero relacionadas entre sí:

1) el derecho positivo (a + b + c) es un conjunto de normas que posee características *diferentes* de los otros órdenes normativos *d, e, f* y *g*;

2) no puede el derecho positivo (a + b+ c), o mejor, no se conoce hasta la fecha el principio con arreglo al cual pueda lograrse la construcción teórica de un único sistema normativo con los órdenes constitutivos de la moral, el derecho natural, las normas religiosas y las convencionales (d + e + f + g).

Es claro que a efectos de este artículo estamos tratando a todas las normas que *no* son derecho positivo como el conjunto complementario de éste; por más que en las diferentes teorías al respecto puedan diferir entre sí de manera más radical de lo que difieren en relación con el derecho positivo.

Si consideramos la posición que, pragmáticamente, puede asumirse con respecto a las relaciones posibles entre un conjunto personal de principios o máximas personales y un orden de normas válido preexistente, podemos encontrar, en general, que estas relaciones tipifican posturas que han sido asumidas en el ámbito de la política:

1) considerar el orden personal de normas *idéntico* al orden normativo preexistente; es la consideración que haría un *conservador optimista*;

2) considerar el orden personal de normas existiendo *independientemente* del orden normativo preexistente; es la consideración que haría un *pluralista democrático*;

3) considerar el orden personal de normas como *supraordenado* al orden normativo preexistente, el cual deriva su validez de aquél; es la consideración del *autoritarismo*;

4) considerar que el orden personal de normas está supraordenado al orden normativo preexistente y lo *deroga* en caso de contradicción entre ellos; es el caso del *autoritarismo intolerante*.

Es claro que, en el ejemplo, el orden normativo preexistente es el derecho positivo (a + b + c) y que el orden normativo personal de normas es el afirmado por el teórico de las normas o filósofo como moral o derecho natural o normas religiosas o convencionales. Estas diferentes posturas se pueden encontrar en todas las consideraciones sobre las relaciones entre el derecho positivo y los demás órdenes normativos. La tesis del positivismo es, como ya lo dijimos, muy fuerte: *dada la concepción que el positivismo tiene del derecho positivo como un conjunto de normas que regulan su propia creación escalonada, no se reúnen las condiciones epistemológicas necesarias para poder lograr la unificación del derecho positivo con los demás órdenes normativos mencionados.*

Podría objetarse que la concepción de la unidad de los órdenes normativos que posee el positivismo jurídico es muy estrecha y limitada y, por ello, se niega esa unificación de órdenes normativos. Esto quizá sea cierto, siempre que se demuestre la existencia de otro principio de unificación que resuelva *todos* los problemas jurídicos que ha resuelto el principio utilizado por el positivismo jurídico, el cual no es otro que el concepto del derecho como *orden coactivo de normas que regulan su propia creación*, es decir, el concepto dinámico del derecho positivo.

El problema central consiste en que concebido el derecho positivo como un orden dinámico de normas, las normas de la moral, del derecho natural, las religiosas y las normas convencionales, no pueden for-

mar parte integrante de un mismo y único orden normativo, porque sus contenidos no establecen los actos de creación de otras normas ni determinan el contenido de esos actos de creación normativa. Claramente puede verse que no basta, para estos efectos, la sola concordancia lógica entre algunos contenidos normativos de estos diversos órdenes.

Es posible que el desarrollo de la ciencia jurídica se oriente en esta dirección.

BIBLIOGRAFÍA

Austin, J. (1970), *Lectures of Jurisprudence, or the Philosophy of Positive Law,* Burt Franklin, New York.

Bentham, J. (1789), *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation,* Payne, London.

Berman, H. J. (1983), *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition,* Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts.

Bobbio, N. (1965), *El problema del positivismo jurídico*, E. Garzón Valdés (trad.), Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires.

Friedmann, W. (1947), *Legal Theory,* Stevens, London.

Hart, H. L. A. (1961), *The Concept of Law,* Clarendon Press, Oxford; v. e. *El concepto del derecho,* G. R. Carrió (trad.), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963.

Hart, H. L. A. (1962), «El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral», en *Derecho y Moral: Contribuciones a su análisis,* G. R. Carrió (trad.), Depalma, Buenos Aires.

Hart, H. L. A. (1967), «Legal Positivism», en P. Edwards (ed.), *The Encyclopedia of Philosophy*, Macmillan, New York.

Hume, D. (1973), *Tratado de la naturaleza humana,* Aguilar, Buenos Aires.

Kaplan, A. (1968), «Positivism», en D. L. Sills (ed.), *International Encyclopedia of the Social Sciences*, t. 12, Macmillan, New York.

Kelsen, H. (1910), *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze,* J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen; v. e. *Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado Desarrollados con Base en la Doctrina de la Proposición Jurídica,* W. Roces (trad.), notas, revisión y presentación de U. Schmill, Porrúa, México, 1987.

Kelsen, H. (1920), *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Vöelkerrechtes. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre,* J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen.

Kelsen, H. (1922), *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses zwischen Staat und Recht*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen.

Kelsen, H. (1927), *Naturrecht und positives Recht. Eine Untersuchung ihres gegenseitigen Verhaeltnisses,* Internationale Zeitschrift fuer Theorie des Rechts, 2, Jahrgang, 1927-1928, s. 71-94.

Kelsen, H. (1928), *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus,* Philosophische Vortraege, Kant-Gesellschaft, Pan-Verlag Rolf Heise, Charlottenburg, Heft 31.

Kelsen, H. (1934), *Teoría General del Estado,* Legaz y Lacambra (trad.), Labor, Madrid; v. or. *Allgemeine Staatslehre,* Enzyklopädie der Rechs- und Staatswissenschaften 23. Band, Julius Springer, Berlin, 1925.

Kelsen, H. (1946), *La idea del derecho natural y otros ensayos,* Losada, Buenos Aires.

Kelsen, H. (1960), *Recht und Moral,* Estudios Jurídico-Sociales, Homenaje al Profesor Luis Legaz y Lacambra.

Kelsen, H. (1961), «La Doctrina del Derecho Natural y el Positivismo Jurídico»: *Revista Jurídica de Buenos Aires,* 7-45.

Kelsen, H. (1963), *Die Grundlagen der Naturrechtslehre,* Oesterreichsche Zeitscheift fuer oeffentliches Recht, Band XIII, Heft 1-2.

Kelsen, H. (1965), «Was ist Juristischer Positivismus»: *Juristen-Zeitung 20,* Jahrgang, Heft 15/16.

Laporta, F. (1993), *Entre el derecho y la moral,* Fontamara, México.

Moore, R. (1978), *Legal Norms and Legal Science. A Critical Study of Kelsen's Pure Theory of Law,* The University Press of Hawaii, Honolulu.

Ross, A. (1958), *On Law and Justice,* Steens, London; v.e. *Sobre el Derecho y la Justicia,* G. R. Carrió (trad.), EUDEBA, Buenos Aires, 1963.

Smith, L. D. (1986), *Behaviorism and Logical Positivism. A Reassessment of the Alliance,* Stanford University Press.

Weckmann, L. (1993), *El pensamiento político medieval y los orígenes del derecho internacional,* Fondo de Cultura Económica, México.

REALISMO JURÍDICO

Liborio Hierro

INTRODUCCIÓN

Según Bertrand Russell, el año 1900 es el año del nacimiento de una de las grandes corrientes de la filosofía académica del siglo XX: el realismo (1961, 45). La fecha viene asociada a la publicación de obras como *Logische Untersuchungen*, de Husserl (1900); *Über Annahmen*, de Meinong (1902); *Principia Ethica* y *The Refutation of Idealism,* de Moore (1903); y *The Principles of Mathematics,* de Russell (1903). Este tipo de realismo contemporáneo lo es en un sentido nuevo y distinto al que la misma denominación tuvo en cuanto doctrina sobre los universales (realismo platónico) y en cuanto doctrina metafísica (realismo aristotélico). Las características del realismo contemporáneo —siguiendo a Russell— serían tres: la consideración unitaria de la ciencia y la filosofía («la filosofía no tiene ninguna marca especial de verdad, ni método de llegar a ella»), el análisis como método (que «sólo aspira a aclarar las ideas fundamentales de las ciencias y a sintetizar las diferentes ciencias en una visión sencilla y comprensiva de este fragmento del mundo que la ciencia ha logrado explorar») y el pluralismo como metafísica (los realistas «no aspiran, como generalmente lo ha hecho la filosofía anterior, a hacer afirmaciones sobre el universo en conjunto ni a la construcción de un sistema comprensivo») (1961, 45-46).

El realismo, como fruto de la revuelta antiidealista que caracteriza los comienzos del pensamiento filosófico del siglo XX, tuvo una manifestación paralela en las ciencias sociales y, en primer lugar y con particular intensidad, en el pensamiento jurídico. «Espero que no se considerará jurisprudencialmente chauvinista —ha escrito Julius Stone— observar que la *revuelta contra el formalismo*, por medio de la cual Morton White caracterizó en 1949 las tendencias de las modernas ciencias sociales, maduró antes en la jurisprudencia que en las ciencias sociales» (Stone,

1973, 24). Hay que remontarse, en efecto, a Ihering para encontrar el origen de esta orientación. En 1896, al abandonar el conceptualismo, Ihering pretende «resaltar la diferencia que existe entre dos métodos de la teoría del Derecho: el método formalista o dialéctico y el método realista o teleológico» (Ihering, 1896, 10-11). La influencia de Ihering en Alemania fructificó en la escuela de la «Jurisprudencia de intereses» y en la denominada «Escuela del Derecho libre». Al mismo tiempo, en Francia, François Gény (*Méthode d'interpretation et sources du Droit Privé Positif*, 1899) había formulado propuestas muy cercanas, que dieron lugar a las corrientes de la «jurisprudencia sociológica»; y, en los Estados Unidos, Oliver Wendell Holmes (*The Path of Law*, 1897) había denunciado el pernicioso efecto de la confusión entre las ideas jurídicas y las ideas morales, para proponer un concepto empírico del Derecho —precisamente similar al que tiene el delincuente, «que sólo se preocupa de las consecuencias materiales» que el conocimiento de las leyes le permite predecir—: «Las profecías de lo que los Tribunales harán de hecho, y ninguna otra cosa más pretenciosa, es lo que yo entiendo por Derecho» (Holmes, 1952, 173). La influencia de Holmes y, en general, del pragmatismo, dio allí lugar a la «jurisprudencia sociológica» encabezada por Roscoe Pound y Benjamin N. Cardozo.

Los problemas y las respuestas que son comunes a estas diversas corrientes antiformalistas (tales como la relación entre la validez de las leyes y su aplicación efectiva, la relación entre el Derecho y la fuerza o el análisis de la función creadora de los jueces) encuentran un desarrollo relativamente sistemático en dos escuelas que han sido identificadas con la expresa denominación de «realistas»: el *realismo jurídico norteamericano* y el *realismo jurídico escandinavo*. Algunos autores (Friedmann, 1967, 304; Finch, 1977, 203) han señalado que la similitud entre ambas escuelas no es relevante y que, por tanto, la común denominación de «realistas» es una coincidencia puramente verbal. Otros (Tarello, 1967, 923-933; Lumia, 1971, 188; Hierro, 1981, 68), por el contrario, han destacado tanto los presupuestos filosóficos comunes como las similitudes en el tratamiento de temas centrales de la Teoría del Derecho, no sólo para justificar su común denominación, sino incluso para proponer una acepción de *realismo jurídico* como alternativa al dilema iusnaturalismo-positivismo (Pattaro, 1971). En este sentido amplio (que pretende incluir tanto el realismo jurídico norteamericano como el escandinavo, así como los movimientos que les preceden y los nacidos de su respectiva influencia), cabría aceptar la definición de Giuseppe Lumia:

> El realismo jurídico constituye el encuentro, en el terreno de los estudios sobre el Derecho, de los puntos de vista epistemológicos del neopositivismo con las doctrinas psico-sociológicas comportamentistas y pragmatistas dominantes en la cultura americana y no extrañas a ciertos ambientes europeos. Del neopositivismo de la Escuela de Viena el realismo jurídico repite los presupuestos metodológicos de la Ciencia del Derecho; pretende, en efecto, borrar de la Ciencia del Derecho cualquier referencia al deber-ser, no sólo en el significado trascendental que a

este término daba la doctrina del derecho natural, sino también en el significado que le atribuye Kelsen, de mera categoría lógico-trascendental; e intenta reducir el conocimiento jurídico a términos de enunciados sobre la realidad (is-propositions) (Lumia, 1971, 188).

EL REALISMO JURÍDICO NORTEAMERICANO

Fue Roscoe Pound, decano de Harvard (*The Call for a Realistic Jurisprudence*, 1931), quien bautizó como «realista» a un amplio movimiento emergente de jóvenes juristas que comprendería, entre otros, a Thurman Arnold, Joseph W. Bingham, Felix S. Cohen, Walter W. Cook, Jerome Frank, Karl N. Llewellyn, Herman Oliphant y Max Radin. Llewellyn (*Some Realism about Realism*, 1931) afirmó, en aquel mismo momento, que «no hay escuela realista. Ni posibilidad alguna de que llegue a existir tal escuela. Hay, sin embargo, un movimiento en el pensamiento y en el trabajo jurídico», y le atribuyó nueve puntos de partida comunes: 1) una concepción dinámica del Derecho; 2) una concepción instrumental (el Derecho como un medio para fines sociales); 3) una concepción dinámica de la sociedad; 4) el divorcio temporal, a efectos metodológicos, entre ser y deber-ser; 5) la desconfianza en las reglas y conceptos jurídicos tradicionales como descripción de lo que hacen los Tribunales y la gente; 6) la desconfianza en que las reglas prescriptivas sean el factor protagonista en la decisión judicial; 7) la creencia en que los casos y situaciones jurídicas deben ser agrupadas en categorías más limitadas que las tradicionales; 8) una valoración de todos los sectores del Derecho por sus efectos; y 9) una investigación programática de los problemas jurídicos sobre la base de todas estas líneas.

Frente a una opinión bastante extendida que considera que este movimiento sólo puede llamarse «realista» en un sentido vago y vulgar (Tarello, 1962, 3; Rumble, 1968, 44) cabe subrayar que los fundamentos filosóficos presentes (y que se ponen de manifiesto en los nueve puntos de Llewellyn) lo caracterizan como un cierto desarrollo del positivismo epistemológico y metodológico propio del realismo filosófico contemporáneo (Linares, 1951, 10; Hierro, 1981, 102-106). Resulta, en efecto, que —aunque los realistas eran juristas y no filósofos, y nunca explicitaron sistemáticamente sus fundamentos— es incuestionable la presencia del pragmatismo (recibida de William James y del Club Metafísico, al que había pertenecido Holmes), de la lógica instrumental de John Dewey, de la Teoría del Derecho de Ihering (principalmente a través de Roscoe Pound) y del método analítico de Wesley N. Hohfeld.

Jerome Frank distinguió dentro del movimiento dos grandes grupos: los *rule-skeptics* y los *fact-skeptics*. Para los escépticos sobre las reglas (Llewellyn, Bingham, Cook, Oliphant...), el principal interés estriba en diferenciar las reglas de papel de las reglas efectivas: sólo estas últimas componen realmente el Derecho y permiten formular predic-

ciones científicamente fundadas, sobre las decisiones de los Tribunales. Llewellyn hizo clásica una renovada afirmación holmesiana: «Lo que estos funcionarios hacen acerca de los litigios es, en mi opinión, el Derecho mismo» (1960, 9). Sin embargo, posteriores matizaciones del mismo Llewellyn permiten aclarar que no se pretende una negación total de la función de las normas, sino establecer cuál es su función real en cada caso y cuál la incidencia de otros factores que intervienen sistemáticamente en las decisiones judiciales. Frente a la inseguridad que el mito tradicional del silogismo encubre, se pretende alcanzar una certeza en las predicciones sobre la base de un estudio científico (esto es, empírico) de la efectiva conducta de los tribunales. Se trata de sustituir la dogmática formalista por un conductismo judicial o, dicho de otra manera, sustituir la criticada seguridad normativa por una efectiva seguridad descriptiva. Con ello, la Ciencia del Derecho se centra en el análisis de las motivaciones y los comportamientos judiciales; pero precisamente este mismo propósito condujo a una posición «todavía más radical e iconoclasta» (Finch, 1977, 229) a los escépticos sobre los hechos.

Dos son las razones por las que Frank (y con él, Radin, Arnold, Green...) estiman insuficiente el análisis crítico anterior: en primer lugar, porque una gran cantidad de casos se resuelven en los Tribunales de primera instancia, sin ulterior recurso; y, en segundo lugar, porque generalmente los hechos quedan determinados en la primera instancia, de tal modo que la apelación y demás recursos sólo conocen un aspecto (la aplicación de la regla) que ya ha sido predeterminado por la selección de los hechos relevantes. Puesto que es imposible predecir en qué forma el juez de instancia o el jurado determinarán los hechos, es imposible predecir la decisión, ya sea sobre la base de un precedente o regla formal, ya sea sobre la base de una pretendida regla general obtenida mediante el estudio de la conducta judicial. Los escépticos sobre los hechos pusieron el acento, en consecuencia, en el funcionamiento del procedimiento.

No puede pasarse por alto que el movimiento realista fue, antes que un movimiento teórico, un movimiento de reforma desarrollado en el contexto del enfrentamiento entre la política del *New Deal* y la resistencia conservadora del Tribunal Supremo. Por ello, la separación —temporal y metodológica— entre ser y deber-ser estaba conscientemente puesta al servicio de objetivos prácticos, tanto críticos (la denuncia de una cierta dogmática formalista como encubridora de decisiones judiciales conservadoras) como constructivos (el propósito de adaptar el Derecho a la dinámica social), objetivos que abarcaron desde la inclinación de Llewellyn en favor de la política codificadora (*Restatement of the Law*) del American Law Institute, hasta las propuestas de reforma procesal formuladas por Frank.

La inmediata influencia del movimiento realista se manifestó no sólo en las concretas escuelas que nacieron a partir de él (tales como la «Jurismetría», de Lee Loevinger; la Law, Science and Policy, de Harold Lass-

well y Myres McDougal; y la Legal Process School, de Henry Hart y Albert Sacks), sino en el hecho de que sus puntos de vista metodológicos se habían convertido en enfoques comunes en la investigación, la enseñanza y la práctica del Derecho en los Estados Unidos al finalizar los años cincuenta (un fenómeno que, en términos de Kuhn, cabría definir como que el realismo se había convertido en teoría dominante) hasta el punto de que Twinning pudiese atribuir a la generalidad de los profesores de Derecho norteamericanos la actitud que se resume en estas palabras: «El realismo ha muerto, ahora todos somos realistas» (Twinning, 1973, 382).

EL REALISMO JURÍDICO ESCANDINAVO

En 1912 el filósofo sueco Vitalis Norström había afirmado: «Los días de la metafísica están contados. Y se puede añadir con toda seguridad que también lo están los días de los sistemas filosóficos en sentido convencional». Su profecía se cumplió, en el ámbito de la filosofía nórdica, con la escuela fundada por Axel Hägerström y Adolf Phalén. Aunque se ha discutido si la paternidad de la escuela corresponde en realidad a Hägerström o más bien a sus discípulos Phalén y Karl Hedvall, la figura más influyente ha sido, sin duda, Hägerström y, en todo caso, fue él quien, desde su cátedra de Filosofía Práctica, dio lugar a una escuela de pensamiento jurídico que ha sido denominada «realismo jurídico escandinavo». La Filosofía de Uppsala, aunque prácticamente desconocida fuera de sus fronteras hasta después de la Segunda Guerra Mundial, tiene una notable coincidencia con el neopositivismo que se manifiesta en la crítica al idealismo (que comparte con el neorrealismo de Moore), la crítica a la metafísica (que comparte con el Círculo de Viena) y la negación del carácter cognoscitivo de los juicios de valor (que comparte con el neopositivismo en general y, particularmente, con el emotivismo). Una diferencia, sin embargo, reside en esta inmediata influencia que la Filosofía de Uppsala tuvo —a diferencia del neoempirismo o neopositivismo— en la Filosofía y la Teoría del Derecho. Y ello tanto porque el mismo Hägerström se ocupó ampliamente de problemas filosófico-jurídicos, como porque, desde sus enseñanzas, se constituyó un amplio núcleo de juristas que, normalmente, se encuadran en esta escuela, tales como Vilhelm Lundstedt, Karl Olivecrona, Alf Ross, Per Olof Ekelöf y Tore Strömberg, entre otros. Mientras que hasta los años sesenta no puede hablarse de una repercusión del neopositivismo (en concreto, de la filosofía analítica) en el pensamiento jurídico, que se pone de manifiesto en *The Concept of Law*, de Hart (1961), y en la llamada «crisis del positivismo» en Italia, el realismo jurídico escandinavo tenía ya entonces un notable desarrollo, lo que ha permitido afirmar que «las premisas de la filosofía neoempirista son premisas adoptivas para el positivismo jurídico, mientras que para el realismo jurídico escandinavo son premisas naturales» (Pattaro, 1971, 76).

Pueden distinguirse tres etapas en la evolución del «realismo jurídico escandinavo». La primera, desde su aparición en los años 30 hasta la Segunda Guerra Mundial, se caracterizaría, como fase de formación, por una cierta ortodoxia empirista, y encuentra su expresión en obras como *Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft*, de Lundstedt (1932); *Law as Fact*, de Olivecrona (1939) o *Kritik der Sogenannten praktischen Erkenntnis. Zugleich Prolegomena zu einer Kritik der Rechtswissenschaft,* de Ross (1933). La segunda, desde la guerra hasta mediados los años 60, se caracteriza por la recepción de la filosofía analítica, con una consecuente pérdida de la ortodoxia empirista inicial, y por la influencia de este grupo en el pensamiento jurídico occidental (en particular a través de sus polémicas con Kelsen, Hart y Bobbio, así como —en Argentina— por un acercamiento desde la Teoría egológica [*El hecho del Derecho*, 1956] y una influyente visita de Alf Ross en 1960). Esta segunda etapa se manifiesta en obras como *The problem of monetary unit* (1957) y *Legal Language and Reality* (1962), de Olivecrona, o *Towards a realistic Jurisprudence. Criticism of the dualism in Law* (1946) y *On Law and Justice* (1958), de Ross. Cabe hablar de una tercera etapa, desde 1965 hasta finalizados los 70 (Ross falleció en 1979 y Olivecrona en 1980), en la que el «realismo escandinavo» pierde sus contornos como escuela para incorporarse al desarrollo del positivismo analítico, al mismo tiempo que empieza a ser objeto de atención generalizada como una de las corrientes más significativas del pensamiento jurídico contemporáneo. Expresión de esta etapa serían, de un lado, *Directives and Norms* (1968), de Ross y la nueva versión de *Law as Fact* (1971), de Olivecrona, así como, de otro lado, las monografías aparecidas en Alemania (Vogel, 1972), Italia (Castignone, 1974 y Pattaro, 1974), Francia (Strömholm-Vogel, 1975) y España (Hierro, 1981).

El realismo escandinavo se plantea como una alternativa al debate iusnaturalismo-positivismo a partir de una convicción fundamental: que el positivismo (el positivismo dogmático construido en la segunda mitad del siglo XIX) arrastraba la epistemología y el método del iusnaturalismo racionalista, por lo que estaba lejos de constituir una explicación científica del Derecho. El iusnaturalismo y el positivismo no eran —bajo este punto de vista— sino las variantes material y formal, respectivamente, del idealismo jurídico. Olivecrona, siguiendo a Hägerström, destacó que la coincidencia entre ambos se producía por compartir una misma concepción sobre la naturaleza del Derecho, la teoría de la voluntad, según la cual el Derecho es un conjunto de mandatos que expresan la voluntad de una autoridad suprema, sea ésta la voluntad divina o la voluntad histórico-positiva del Estado. La concepción voluntarista del Derecho permite, por otra parte, que iusnaturalismo y positivismo compartan una misma concepción sobre la existencia de las normas jurídicas, que consistiría en su «validez», esto es, en su fuerza obligatoria. Ross afirmó que este tipo de positivismo —en el que incluye a Kelsen—

es, en realidad, un iusnaturalismo disfrazado, al que mejor deberíamos denominar «cuasi-positivismo».

La negación de la teoría de la voluntad condujo a los realistas, en primer lugar, a reelaborar el concepto de «norma» en términos no voluntaristas. Las leyes no pueden consistir en la voluntad del legislador, sea que éste se entienda como el soberano de hecho, el Estado o la voluntad general, puesto que cualquier legislador resulta ser configurado por las propias leyes. Olivecrona propuso la noción de «imperativos independientes» para explicar las normas cuya característica más relevante estriba en que no hay relación personal entre el autor y el destinatario. Ross señalaría que, para distinguir las normas jurídicas de otras directivas impersonales (esto es, de otros tipos de normas como las convenciones), era necesario además añadir dos elementos: la institucionalización y la sanción. La crítica puso de relieve que tampoco esta definición institucional propuesta por los realistas era suficiente para identificar las normas jurídicas (ya que, en pocas palabras, ni todos los directivos jurídicos son impersonales ni todos los directivos impersonales son jurídicos). No obstante, ello ya había sido advertido por Ross: «La palabra "derecho" no es común a una clase de reglas jurídicas sino a una clase de órdenes jurídicos individuales» (Ross, 1958, 30). En todo caso, los realistas subrayaron el aspecto institucional del Ordenamiento Jurídico, es decir, desplazaron el centro de atención desde las normas hacia el sistema (como ha puesto de relieve Castignone, 1974) y, para identificarlo empíricamente, desarrollaron la idea —por otra parte formulada por Kelsen— de que el Derecho tenía como contenido la regulación de la fuerza monopolizada institucionalmente; es decir, que el Derecho es un sistema de normas sobre la utilización de la fuerza.

Otra cuestión fue el intento de elaborar una Ciencia del Derecho que se ajustase a las exigencias empiristas, es decir, en la que resultase aplicable el principio de verificación. Ross, que había tenido una primera etapa de influencia kelseniana (Hernández Marín, 1982, 175 ss), propuso un esquema conforme al cual las aserciones científico-jurídicas no se refieren a la validez (fuerza obligatoria) de las normas sino a su vigencia, entendiendo como tal la ocurrencia de ciertos hechos sociales. Tratando de superar las explicaciones psicologistas y conductistas, Ross llega a la conclusión de que este hecho social, en que consiste la vigencia de una norma, es su efectiva consideración como obligatoria por los Tribunales y órganos ejecutivos (elemento psicológico) y su efectiva aplicación por ellos (elemento conductista). Las proposiciones de la Ciencia del Derecho son proposiciones del tipo «D es Derecho vigente», y su verificación estriba en la observación de las decisiones judiciales y su motivación. Un esquema verificacionista tan simplificado y reducido injustamente al ámbito de las decisiones judiciales ha servido para fundamentar un buen número de críticas contra el modelo propuesto por Ross. Sin embargo, su análisis de las implicaciones normativas de la idea de «validez» y de la consecuente concepción kelse-

niana de la Ciencia Jurídica fueron, en gran parte, el punto de apoyo de la crítica al positivismo tradicional llevada a cabo por Hart y de su reelaboración de la noción de «validez», al distinguir entre el punto de vista externo y el punto de vista interno.

CONCLUSIÓN. LA HERENCIA DEL REALISMO

Hay que plantearse si el realismo jurídico constituye todavía hoy una concepción alternativa al iusnaturalismo y al positivismo, tal y como se propuso y fue admitida por diversos autores desde finales de los años sesenta (García Maynez, 1968; Finch, 1974). Una pregunta de este tipo implica a la vez un juicio sobre su resultado y una predicción sobre su futuro. La cuestión no es pacífica. Mientras voces autorizadas consideran que el realismo jurídico «está hoy pasado de moda como consecuencia de sus estúpidas pretensiones semánticas» (Dworkin, 1986, 153; Dworkin considera que el realismo está estrechamente ligado a la idea de que el Derecho tiene que ver con lo que los jueces toman como desayuno, aunque admite que sus pretensiones como teoría normativa de la interpretación no son tan estúpidas), otros consideran que el realismo «continúa ejerciendo una importante influencia sobre el ambiente académico-jurídico americano por su capacidad para establecer la agenda, para definir las cuestiones que requieren contestación» (Fisher, Horwitz y Reed, 1993, xiv). Cabe así entender que son hijos legítimos del realismo americano todos los movimientos que han dado algún tipo de desarrollo a su «programa constructivo», lo que incluye —además de los antes citados— en décadas más recientes movimientos como el Law and Society y el Law and Economics. Asimismo, y precisamente criticando esta vinculación exclusiva al programa constructivo de los realistas (el derecho como instrumento) la más reciente corriente de los Critical Legal Studies reclama también su filiación realista, si bien vinculada a la recuperación del programa crítico del realismo, el que —a su decir— se perdió posteriormente: la crítica de la indeterminación radical del Derecho y la investigación de su papel ideológico legitimador.

El realismo jurídico escandinavo, por su parte, no parece tener vigencia alguna como movimiento o escuela desde la desaparición de Ross y Olivecrona, aunque —como queda dicho— su aportación se ha incorporado al normativismo analítico. No parece tener hoy mucho sentido la defensa escolástica del realismo en los términos en que, por ejemplo, la plantea Pattaro (1986, 284). Es necesario, sin embargo, señalar que, inversamente a lo ocurrido con el realismo americano, cabría decir que del realismo escandinavo ha tenido más éxito el programa crítico que el programa constructivo. En efecto, la construcción de una ciencia empírica del Derecho entendida como un sistema de proposiciones verificables empíricamente, y por ello referentes a algún conjunto de hechos psicosociales, y la construcción de un concepto de «validez» o «vigen-

cia» que sea empíricamente descriptivo, pierden relieve una vez admitida generalmente la superación del verificacionismo, propio de un estricto empirismo, y ampliados los horizontes de la teoría del significado. Sin embargo, la crítica de la teoría de la voluntad, la introducción del análisis de los conceptos, la explicación institucional del Derecho, la definición de las normas jurídicas por su pertenencia al sistema, la introducción de los criterios de corrección o incorrección como propios de los conceptos y proposiciones científico-jurídicos, etc., son aportaciones críticas que provocaron la revisión del positivismo, incluso en su formulación kelseniana, y abrieron paso al normativismo analítico.

BIBLIOGRAFÍA

Castignone, S. (1974), *La macchina del Diritto,* Edizioni di Comunitá, Milano.

Dworkin, R. (1986), *Law's Empire,* Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts.

Finch, J. (1977), *Introducción a la Teoría del Derecho,* Labor, Barcelona; v. or. *Introduction to Legal Theory,* Sweet & Maxwell, London, 1974.

Fisher, W., Horwitz, M. y Reed, T. (1993), *American Legal Realism,* Oxford University Press, New York.

Friedmann, W. [5](1967), *Legal Theory,* Stevens & Sons, London.

García-Maynez, E. (1968), *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo,* Universidad Nacional Autónoma, México.

Hernández Marín, R. (1982), *Diritto e Scienza. Saggio su Alf Ross,* en E. Pattaro, C. Faralli y R. Hernández Marín, *Contributi al realismo giuridico,* Giuffrè, Milano, 172-290.

Hierro, L. (1981), *El realismo jurídico escandinavo. Una teoría empirista del Derecho,* Fernando Torres, Valencia.

Holmes, O. W. (1952), *Collected Legal Papers,* Peter Smith, New York.

Ihering, R. (1896), *La voluntad en la posesión con la crítica del método jurídico reinante,* Revista de Legislación, Madrid.

Linares, J. F. (1951), «Presentación», en VVAA, *El hecho del Derecho,* Losada, Buenos Aires.

Llewellyn, K. (1931), «Some Realism about Realism»: *Harvard Law Review, XLIV.*

Llewellyn, K. (1960), *The Bramble bush,* Oceana Publications, New York.

Lumia, G. (1971), *Il Diritto tra le due culture,* Giuffrè, Milano.

Lundstedt, V. (1932), *Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft,* Rotheschild, Berlin.

Olivecrona, K. (1939), *Law as Fact,* Munksgaard, Copenhage; v. e. *El Derecho como hecho,* Depalma, Buenos Aires, 1959.

Olivecrona, K. (1957), *The Problem of the Monetary Unit,* McMillan, New York.

Olivecrona, K. (1962), «Legal Language and Reality», en *Essays in Jurisprudence in honor of R. Pound,* Bobbs Merrill, Indianapolis, New York; v. e. *Lenguaje jurídico y realidad,* Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1968.

Olivecrona, K. (1971), *Law as Fact,* Stevens & Sons, London; v. e. *El Derecho como hecho,* Labor, Barcelona, 1980.
Pattaro, E. (1971), «Il realismo giuridico come alternativa al positivismo giuridico»: *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto,* 986-999.
Pattaro, E. (1974), *Il Realismo giuridico scandinavo I. Axel Hägerström,* Cooperativa Libraria Editrice, Bologna.
Pattaro, E. (1986), *Elementos para una teoría del Derecho,* Debate, Madrid.
Pattaro, E., Faralli, C. y Hernández Marín, R. (1982), *Contributi al realismo giuridico,* Giuffrè, Milano.
Rumble, W. (1968), *American Legal Realism,* Cornell University Press, Ithaca, New York.
Ross, A. (1933), *Kritik der Sogenannten Praktischen Erkenntnis. Zugleich Prolegomena zu einer Kritik der Rechtswissenschaft,* Levin & Munksgaard, Copenhage.
Ross, A. (1946), *Towards a Realistic Jurisprudence,* Munksgaard, Copenhage; v. e. *Hacia una ciencia realista del Derecho,* Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961.
Ross, A. (1958), *On Law and Justice,* Stevens & Sons, London; v. e. *Sobre el Derecho y la Justicia,* Eudeba, Buenos Aires, 1963.
Ross, A. (1968), *Directives and Norms,* Routledge & Kegan Paul, London.; v. e. *Lógica de las normas,* Tecnos, Madrid, 1971.
Russell, B. (1961), *Ciencia, Filosofía y Política,* Aguilar, Madrid.
Stone, J. (1973), *El Derecho y las ciencias sociales,* Fondo de Cultura Económica, México.
Strömholm, S. y Vogel, H. (1975), *Le Réalisme scandinave dans la Philosophie du Droit,* L.G.D.J., Paris.
Tarello, G. (1962), *Il realismo giuridico americano,* Giuffrè, Milano.
Tarello, G. (1967), «Realismo giuridico»: *Novissimo Digesto Italiano, XII,* Torino, 923-933.
Twinning, W. (1973), *Karl Llewellyn and the Realist Movement,* Weidenfeld & Nicolson, London.
Varios (1951), *El actual pensamiento jurídico norteamericano,* Losada, Buenos Aires.
Varios (1956), *El hecho del Derecho,* Losada, Buenos Aires.
Vogel, H. H. (1972), *Der Skandinavische Rechtsrealismus,* Alfred Metzner, Frankfurt am Main.

TEORÍAS CRÍTICAS DEL DERECHO

Juan A. Pérez Lledó

I. INTRODUCCIÓN

Sin ánimo de repartir ni negar credenciales de «crítico» entre los muy diversos autores y teorías que así se proclaman, seleccionaré algunas de las principales corrientes críticas contemporáneas. Me referiré tan sólo a teorías *jurídicas* críticas, defendidas por juristas desde la ciencia o desde la teoría o filosofía del derecho. Dejo de lado las múltiples corrientes que han teorizado (críticamente) acerca del Derecho desde la ética, la teoría social, la filosofía política, etc. (el anarquismo sería quizás el ejemplo más claro), por más que estas orientaciones hayan inspirado a los juristas críticos. Y aunque me ceñiré a las dos últimas décadas, debo al menos mencionar algunas de las tendencias que desde el último tercio del siglo XIX protagonizaron la llamada «revuelta contra el formalismo», porque en ellas está la raíz de buena parte de las señas de identidad de muchos críticos contemporáneos. Me refiero, entre otras, a la «jurisprudencia finalista» inaugurada por (el segundo) Ihering, la «jurisprudencia de intereses» (Heck), la «escuela del Derecho Libre» (Kantorowicz), la sociología jurídica de Ehrlich, la «escuela científica» (Gény), el «pluralismo jurídico» (Gierke), la «jurisprudencia sociológica» (Pound) o el «realismo jurídico» escandinavo (Ross, Hägerström, Lundstedt) y norteamericano (Llewellyn, Frank, Cohen).

II. MARXISMO Y TEORÍA DE DERECHO

Los juristas críticos se declaran políticamente «de izquierdas», y obviamente la tradición marxista es para ellos un punto de referencia ineludible. Marx nunca pretendió construir una teoría jurídica, pero muchos marxistas sí lo han intentado, bien rastreando en los textos del

fundador las diversas (y no siempre coherentes) referencias al Derecho, o bien trasladando al Derecho el «método» marxista expuesto en sus obras históricas y económicas. No obstante, se ha discutido mucho acerca de la existencia (o la posibilidad) de una teoría jurídica marxista (Atienza y Ruiz Manero, 1993, a quienes sigo en este apartado). La cuestión depende de qué entendamos por «teoría jurídica».

Entendida en el sentido genérico de «teoría (o filosofía) del Derecho», como reflexión global acerca del fenómeno jurídico y de su lugar en la sociedad, cabe por supuesto hablar de un enfoque marxista del Derecho (muy ligado a la teoría del Estado), cuyas «tesis mínimas» serían:

> 1) el Derecho tiene un carácter clasista; 2) es un fenómeno histórico en el sentido de que es una realidad vinculada a ciertas formas de organización social; 3) desempeña un papel subordinado (al menos, relativamente subordinado) en relación con otros elementos del todo social; 4) tiene carácter ideológico. Junto a ello, los estudiosos marxistas del Derecho han asumido también: 5) una actitud de rechazo frente al modelo tradicional de ciencia jurídica; y 6) una actitud cuando menos de desconfianza o de sospecha frente a los «valores» que el Derecho realiza o debería realizar: la justicia o los derechos humanos (Atienza y Ruiz Manero, 1993, 13).

Estas notas tan generales no son más que parámetros que han sido abrazados en diversos grados de intensidad. En su versión fuerte (la del llamado marxismo «ortodoxo», «economicista», «mecanicista», etc.) lo que parece, en principio, imposible, es una teoría jurídica marxista en el sentido más estricto de «ciencia del Derecho», al menos tal y como se entiende habitualmente esta expresión: como la reconstrucción de un determinado Derecho positivo (dogmática jurídica) y el análisis de los conceptos jurídicos básicos (teoría general del Derecho). Si todo el Derecho responde siempre al interés de la clase dominante, se identifica por definición con el modo de producción burgués, no es un medio adecuado para la transformación social, carece de autonomía respecto a la base económica que lo determina, oculta o deforma ideológicamente la realidad, está destinado a extinguirse, etc., entonces carece de sentido desarrollar un análisis «interno» y autónomo del Derecho positivo dirigido a suministrar criterios para su mejor producción y aplicación. A menos, claro está, que se acepte que el «Derecho socialista» encarna un valor positivo, como ocurrió con la recuperación por parte de los juristas del Este (Vysinskij, Lukic) de una dogmática jurídica metodológicamente tradicional aunque retóricamente envuelta en un ropaje «marxista-leninista».

Desde luego, todos los juristas marxistas y, en general, los juristas críticos contemporáneos, coinciden en la descalificación de la ciencia jurídica tradicional. Pero la crítica jurídica marxista actual ha ido desmarcándose progresivamente de las versiones más toscas del marxismo y, en la medida en que valora la potencialidad transformadora del medio jurídico, no renuncia tampoco a una teorización jurídica alter-

nativa, desarrollada al menos en tres direcciones: 1) siempre cabe un análisis «externo» (histórico, económico, sociológico, etc., inspirado en una «teoría social del Derecho», como por ejemplo la de K. Renner), o una «teoría del Derecho» como instrumento de dominio de clase y como ideología, o una «teoría crítica» y emancipatoria del Derecho. 2) Pero, además, sobre esa base se proponen modelos de «ciencia jurídica» o «teoría general del Derecho» alternativos a la dogmática tradicional, que ya no serían exclusivamente «formales», en cuanto, como han señalado Atienza y Ruiz Manero (1993, 135), parten

> a) del carácter *histórico* no sólo del Derecho, sino también de las categorías jurídicas, de los conceptos básicos del Derecho (sujeto de Derecho, norma, relación jurídica); b) de la necesidad de considerar el Derecho como un elemento del sistema social que mantiene unas especiales relaciones tanto con el subsistema económico como con el subsistema político; en consecuencia, una *verdadera* ciencia del Derecho (es decir, la teoría general del Derecho) debería estar orgánicamente ligada a las otras ciencias sociales (la economía política, la teoría del Estado, la psicología social o la ciencia social integrada).

Esta segunda línea es en parte heredera de la teoría general del Derecho diseñada por Pashukanis (jurista de la revolución soviética depurado por Stalin y redescubierto en occidente en los '70), y su propuesta más elaborada ha sido la de la «ciencia social integrada», defendida por Cerroni en esos años. 3) Por último, los juristas marxistas occidentales han elaborado una «política del Derecho» orientada a la utilización práctica de las instituciones y categorías jurídicas existentes en un sentido progresista. Se trata del «uso alternativo del Derecho».

III. EL «USO ALTERNATIVO DEL DERECHO»

Es un movimiento surgido en Italia tras la crisis de los sesenta, integrado no sólo por juristas académicos (en torno a revistas como *Democrazia e diritto* o *Critica del diritto*: entre otros, Barcellona, Ferrajoli, Coturri, Rodotá, Galgano) sino también por abogados y jueces (asociados a Magistratura Democratica). Este movimiento, hoy ya desaparecido como tal, defendía la posibilidad de una «práctica jurídica en contradicción con el designio de desarrollo social expresado (también jurídicamente) por la clase dominante» (Barcellona, 1976, 254).

Para ello, los alternativistas aspiran a superar el dilema entre, por un lado, ciencia y práctica jurídica tradicional (porque «el respeto a la ortodoxia jurídica parece exigir el precio de la fidelidad a las opciones políticas del legislador») y, por el otro, el escepticismo hacia la vía jurídica propio del marxismo «economicista» (ya que entonces «al jurista comprometido no le quedaría más que tirar la toga y entrar en la lucha») (Barcellona, 1973, vii). La superación del dilema pasa por una nueva forma, menos rígida, «de entender y definir, respectivamente, la

"ortodoxia jurídica" y la "práctica política", y más precisamente la "especificidad" del Derecho, por una parte, y la primacía de lo económico y de lo político, por otra». Frente a esto último, el marxismo en que se inspiran los alternativistas es más bien el de la «relativa autonomía» del Derecho: éste puede incidir en la transformación social («La sobreestructura proporciona las condiciones generales de existencia de las estructuras», «la práctica es un efecto conjunto de ambas», dice Barcellona). Y frente a la «ortodoxia jurídica», los alternativistas critican el formalismo de la ciencia (y la práctica) jurídica burguesa, la falsa imparcialidad de su abandono de los elementos político-ideológicos del Derecho, que en realidad refuerza el *statu quo*. Las lagunas e inconsistencias del Derecho —sostienen ellos— obligan al intérprete o aplicador a una opción, que no puede ser técnica sino valorativa (política), entre diversas posibilidades. Cabe pues un uso alternativo del Derecho si nos decantamos no por las interpretaciones convencionales sino por aquellas otras que favorecen los intereses de las clases subordinadas y el objetivo de «la construcción de un nuevo poder democrático» que permita «una gestión social del proceso de producción y distribución». Dicho uso alternativo puede fundamentarse en los valores y principios democráticos y progresistas que la Constitución formalmente reconoce (por ejemplo, el principio de igualdad material), pero cuya realización efectiva es eludida por una legislación y una práctica interpretativa más conservadora inspirada en «disvalores» de signo contrario.

Pero si la aparente coexistencia de valores luego se resuelve en una disponibilidad de los instrumentos jurídicos (aunque ya no sea siempre) a favor de quien tiene el poder social, entonces esa *práctica jurídica* técnico-política alternativa («dentro de las instituciones, en la medida en que éstas son fungibles para nuevos objetivos») sigue exigiendo ser combinada con la *acción política* («fuera de las instituciones, en la medida en que existe un espacio para la creación de nuevos instrumentos de democracia»), en el marco de una «*elaboración teórica* adecuada» que supere (mediante «la recuperación de la categoría de totalidad y el uso de la dialéctica») la «ideología de la separación» entre técnica, ciencia y política: se trata también de «definir las *condiciones prácticas* y de elaborar los *presupuestos teóricos* necesarios para "eliminar" los "disvalores" implícitos en los criterios de cualificación jurídica comúnmente empleados por la doctrina y la jurisprudencia» (Barcellona, 1976, 264). La elaboración teórica ha de dirigirse a la constitución —sólo «proyectada» por algunos alternativistas— de una «cultura jurídica alternativa» (de ahí su preocupación por la formación de los juristas): análisis del sistema, formulación de hipótesis y elaboración de técnicas y categorías conceptuales «que permitan una explicación adecuada de los vínculos genéticos y funcionales que hay detrás de las instituciones jurídicas y las estructuras sociales». Ahora bien: con ello «no se pretende aludir a una dogmática alternativa» que fuera todavía interna al sistema jurídico y orientada a su reconstrucción (aunque esta

vez fuera en un sentido alternativo), porque «precisamente la presentación del razonamiento jurídico como reconstrucción del sistema es lo que impide un análisis crítico de las funciones de las instituciones jurídicas en relación con la distribución real de poderes en la sociedad» (Barcellona, 1976, 256).

IV. LA «CRÍTICA DEL DERECHO» EN FRANCIA

También como fruto tardío del '68 aparece en Francia la asociación Critique du Droit (Crítica del Derecho), fundada en 1977. En comparación con el «uso alternativo», este movimiento francés nace con una vocación menos estratégica y más teórica y pedagógica; sus miembros son politólogos y juristas académicos (entre otros, Miaille, Jeammaud, Gleizal, Jeantin, Dujardin, Michel, Journes). Sus órganos de expresión son la colección de libros *Critique du Droit* y la revista *Procès* (Proceso).

Suelen distinguirse dos fases en la historia de «Crítica del Derecho» (Jeammaud, 1986, a quien seguiré en este apartado). En sus años iniciales se lanzó el ambicioso proyecto —nunca realizado— de construir, frente a la ciencia jurídica tradicional, una nueva teoría general (social) del Derecho «verdaderamente científica», autosuficiente, coherente y exhaustiva, epistemológicamente fundada en el materialismo histórico. El «manifiesto» fundacional del movimiento (Dujardin *et al.*, 1978) mostraba la inspiración marxista de este proyecto: el Derecho expresa las contradicciones generadas en la lucha de clases; la ciencia y la enseñanza del Derecho «siguen teñidas de formalismo e idealismo», «ocultan el carácter móvil y contradictorio de la realidad social, cuando la hipótesis fundamental del movimiento es que la ciencia de lo jurídico parte de una ciencia de lo político». De ahí que «el proyecto del movimiento» sea «transformar las prácticas de investigación y de enseñanza» y, «a través de un uso preferente del materialismo histórico y dialéctico, contribuir a comprender los fenómenos jurídicos en la perspectiva de una transición hacia nuevas relaciones sociales: el socialismo». La tarea pues no era sólo crítica (denunciar «los atolladeros de una supuesta "ciencia" autónoma del derecho») sino también constructiva: había que «construir rigurosamente el objeto "derecho" como *nivel específico*, pero *sólo como nivel* de un *todo social*», y dilucidar las modalidades de las relaciones entre «las condiciones de la vida material» y las formas jurídico-políticas, centrándose en éstas en cuanto «modo de representación, arreglo y reproducción de las relaciones sociales de producción de la vida social». Este programa requería superar las anteriores «teorías marxistas del Derecho»: 1) suponía, evidentemente, una clara ruptura con la lectura materialista tradicional de lo jurídico como superestructura casi unilateralmente determinada por una base económica situada «más allá»; 2) pero exigía también la superación del marxismo estructuralista althusseriano, que veía el Derecho como «instancia jurídico-política» de un todo com-

plejo en el que lo económico sólo domina «en un último análisis»: el Derecho, como aparato ideológico del Estado, es la «forma» de las relaciones de producción, y tiene una «eficacia propia» enmarcada en una relación de «causalidad estructural» (ya no directa) con las demás instancias de ese todo complejo. Este enfoque, que tuvo su apogeo en Francia entre 1968 y 1975, reconocía la autonomía de lo jurídico y confirmaba la necesidad de «tomar en serio al Derecho» como objeto de investigación teórica. Los escritos de N. Poulantzas, G. Lyon-Caen, B. Edelman, A. J. Arnaud o el propio Miaille constituyeron el antecedente directo de «Crítica del Derecho» e inspiraron su trabajo inicial. No obstante, y aunque su influencia en cierto modo perdura, esta teoría ha sido sustituida (o mejor, corregida) por una versión sedicentemente más sofisticada acerca del papel «constitutivo» del Derecho en la sociedad: el Derecho participa en la misma constitución, funcionamiento y reproducción de las relaciones sociales; la sociedad capitalista es esencialmente jurídica, pues el Derecho moderno es una representación y mediación específica y necesaria de sus relaciones de producción.

En una segunda etapa (desde 1982-1983), la búsqueda de una teoría materialista general acerca del fenómeno jurídico se sustituye por un programa, aparentemente más modesto, de análisis muy específicos y diversificados sobre el juego concreto de los mecanismos de regulación jurídica. La anterior concepción del Derecho parecía invitar a su desarrollo teórico, enfocando la proyectada teoría general materialista hacia esa función constitutiva o estructuradora. Pero la búsqueda de dicha teoría sólo permitió mostrar sus limitaciones. Por un lado, por el riesgo de incurrir en una interpretación «funcionalista» del Derecho: la anterior teorización global tendía a dar cuenta de manera excesivamente simplista de la coherente funcionalidad de la mediación jurídica para la permanencia del «orden burgués», con explicaciones a *posteriori*, un tanto «milagrosas», sobre la adecuación de cada institución jurídica a sus exigencias. Pero, sobre todo, porque aquellas fórmulas genéricas sólo proporcionaban un «marco teórico» todavía demasiado superficial: decir que el Derecho «conforma» o «mediatiza» las relaciones capitalistas de producción podía ser una explicación de la presencia de un orden jurídico de reglas generales que organiza las relaciones entre sujetos abstractos, libres e iguales; «pero no nos permitía *comprender cómo* se opera concretamente esta regulación; es decir, el *modus operandi* de esta representación-mediación» (Dujardin *et al.*, 1978, 85). Así, en el trabajo actual, los temas más generales dejan paso a estudios «más pacientes» sobre una gran variedad de objetos limitados, centrados en la tecnología y la práctica de la regulación jurídica: la representación (contractual o jurídico-política), la producción social de las normas jurídicas, los «lugares» para la formalización y tratamiento jurídico de los conflictos, las relaciones de los sujetos con las normas y las instituciones jurídicas, la ambivalencia del Derecho laboral, la descentralización territorial del Estado, etc. Este retorno a los aspectos técnico-jurídicos de las diversas ramas del

Derecho positivo no es sin embargo una vuelta a la dogmática jurídica tradicional, ya que pretende «romper con el discurso de tipo positivista tomando el análisis y la descripción de la técnica jurídica como un conocimiento científico del Derecho» que no olvida «su calidad de dimensión de un "todo social"»; se trataría en todo caso de una dogmática crítica, marcadamente empírica e interdisciplinar (muy ligada a la sociología jurídica). Lo que sí parece claro es que, con este nuevo eclecticismo, «nos salimos, querámoslo o no, de las aguas de la teorización materialista del Derecho, tal como se ha podido concebir hasta la fecha»: se siente ahora «la necesidad de plantearse otras problemáticas e instrumentos conceptuales, es decir, de tomar en cuenta e incluso continuar los esfuerzos teóricos ajenos a la tradición marxista» (Dujardin *et al.*, 1978, 91).

V. LA CRÍTICA JURÍDICA EN EL MUNDO IBEROAMERICANO

En el ámbito iberoamericano, el tradicional dominio del iusnaturalismo en la filosofía del Derecho (un iusnaturalismo neoescolástico, muy conservador), en paradójica armonía con una dogmática jurídica marcadamente formalista, quizá explique (junto a la frecuencia de regímenes políticos totalitarios) que la aparición de corrientes críticas haya sido más tardía y más débil que en Europa o en Estados Unidos, y que en algunos casos (Argentina, España) la iusfilosofía analítica haya cumplido una función política e intelectualmente innovadora e incluso «crítica». En España no existe una corriente crítica, aunque se debe destacar la obra, un tanto aislada, de Juan Ramón Capella (Puigpelat, 1987). Capella ha intentado reconstruir una teoría marxista del Derecho: su carácter histórico, condicionado a los modos de producción basados en la explotación (aunque destaca la especificidad formal de la norma jurídica); la tesis de la extinción del Derecho y del Estado (y los criterios de distribución durante la transición y en la fase final); la crítica ideológica del Derecho (los destinatarios ven el consenso y no la fuerza, y el análisis jurídico interno de los dogmáticos produce un conocimiento deformado, acrítico y ligado al poder), etc. En los últimos años, preocupado por la «actual crisis civilizatoria» y más escéptico respecto de los instrumentos políticos existentes, Capella busca una reflexión político-social alternativa superadora de las teorías tradicionales y que afronte nuevos problemas a escala mundial (la crisis ecológica, la revolución tecnológica, la universalización de la economía, los nuevos poderes supraestatales...).

En América Latina el panorama es distinto: desde finales de los setenta han surgido algunos núcleos de juristas influidos por las tendencias críticas europeas. A pesar de su dispersión, cabe distinguir tres grandes orientaciones:

1) La corriente «Derecho alternativo», similar a la italiana, aunque con tintes marxistas menos acentuados. El «uso alternativo» tuvo cier-

ta repercusión en España (López Calera, Saavedra y Andrés, 1978; Díaz, 1978), pero su influencia fue bastante fugaz. En algunos países latinoamericanos, sin embargo, conserva cierto vigor, no tanto como paradigma teórico cuanto como orientación para la práctica profesional de abogados y jueces progresistas. Destacan aquí el Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (Bogotá) y el Instituto de Derecho Alternativo de Florianópolis (Santa Catarina, Brasil).

2) En un plano más teórico, la principal influencia ha sido la de «Crítica del Derecho» francesa, proyectada sobre los movimientos denominados «Crítica jurídica» (México, Brasil) y «Teoría Crítica del Derecho» (Argentina). En México se publica desde 1984 la colección «Crítica Jurídica» y la revista del mismo nombre, dirigida por Oscar Correas. Esta revista es el órgano de expresión de juristas y politólogos críticos no sólo mexicanos sino también de muchos otros países iberoamericanos, comunicados entre sí también a través del Congreso Latinoamericano de Crítica Jurídica o de la Asociación Latinoamericana de Metodología de la Enseñanza del Derecho (ALMED) y su revista *Contradogmáticas*. Más allá de las evidentes semejanzas entre franceses y latinoamericanos, estos últimos se caracterizan (además de por una mejor valoración, adquirida al más alto precio, de las instituciones democráticas y de las garantías jurídicas del Estado de Derecho, y en particular de los derechos humanos) por haber avanzado más decididamente en esa transición desde una teoría materialista del Derecho hacia el análisis específico de la regulación jurídica. Esto se percibe con mayor claridad en la llamada «Teoría Crítica del Derecho» argentina. Esta corriente, aunque también considera que la «instancia jurídica» es consustancial con las relaciones de producción capitalistas, intenta comprender lo jurídico yendo más allá de la teorización marxista: acepta la legitimidad de una ciencia del Derecho relativamente autónoma frente a otras ciencias sociales; la «teoría crítica» debe a la vez reconocer a esa ciencia como parte de su objeto (el conocimiento conforma al objeto) y hacer uso de sus herramientas teóricas, particularmente en relación con los análisis del lenguaje jurídico, sus formas lógicas, y ciertas categorías de la teoría general del Derecho (Entelman, 1982, 12). Y es que se concibe al Derecho (Cárcova, 1993, 25) como una «práctica social de naturaleza discursiva», como una «producción social de sentidos» (no sólo mediante la producción-aplicación de normas, también de conocimientos, interpretaciones, argumentos, símbolos, prácticas institucionalizadas, creencias de los súbditos...). El moderno concepto de discurso permite pensar el Derecho y su teorización como un lenguaje que opera dentro de una formación social «produciendo y reproduciendo una lectura de sus instituciones que coadyuva y a veces determina el comportamiento de las distintas instancias que la componen» (Entelman, 1982, 15). La crítica del Derecho se convierte así en análisis y crítica del discurso jurídico en cuanto «discurso del poder»: se desvela su escasa homogeneidad (Marí, 1982); se analiza su estructura (el nivel producto de las autoridades nor-

mativas, el de los teóricos y los operadores jurídicos, y el de los usuarios) (Entelman, 1986); se critican sus ficciones centrales, como la noción de «sujeto de derecho» (Ruiz, 1986); y, sobre todo, se explota su «función paradojal» (Cárcova, 1993, 25 ss, 83 ss): su papel constitutivo no es neutral sino ideológico, conservador de las relaciones de poder, pero a la vez alude y legitima las aspiraciones de resistencia y transformación social. Esta crítica del discurso jurídico es cada vez más ecléctica e interdisciplinar, acudiendo a autores como Foucault, Bachelard o incluso Kelsen (Correas, 1987), y a disciplinas como la semiótica, el psicoanálisis, la antropología y la teoría del Derecho.

3) La tercera orientación sería la «reacción sociologista» frente a la ciencia jurídica tradicional, que ha dado lugar a un cierto desarrollo en Latinoamérica de una sociología jurídica «crítica» que intenta superar los modelos funcionalistas. Aquí destacan las tesis del llamado «pluralismo jurídico» (Faria, Santos, Wolkmer): el monopolio estatal del Derecho oculta la existencia (en las actuales sociedades complejas, no sólo en las primitivas) de otras juridicidades «informales» (en las fábricas, la familia, barrios marginales, grupos indígenas, etc.), de carácter autogestionario, que expresan valores de igualdad y equidad material distintos de los dominantes. Caso especial es el de la iusfilosofía sociológica, desde una perspectiva dialéctica, totalizadora y humanista, esbozada por la «Nueva Escuela Jurídica Brasileña» fundada por R. Lyra.

VI. «CRITICAL LEGAL STUDIES»

En los últimos quince años la corriente crítica que ha alcanzado mayor magnitud, y probablemente más impacto (aunque no sobre el ámbito iberoamericano), ha sido el movimiento norteamericano Critical Legal Studies («Estudios jurídicos críticos», en adelante CLS). Hay que advertir que con esta expresión se alude también al movimiento de los juristas críticos británicos, organizados desde 1986 en la Critical Legal Conference (Hunt y Fitzpatrick, 1987), así como a la red europea European Conference on Critical Legal Studies (Lange y Raes, 1991), en la que desde 1981, además de británicos, participan críticos alemanes (corriente Rechtskritik, en torno a la revista *Kritische Justiz*), holandeses (con sus revistas *Kritiek von Recht* y *Recht en Kritiek*), portugueses (Associaçao Portuguesa de Estudios sobre Direito e Sociedade, fundada por Boaventura de Sousa Santos, y la *Revista Crítica de Ciências Sociais*), franceses (Critique du Droit, ya aludida), belgas, daneses, húngaros, etc. Pero, en sentido estricto, CLS es un movimiento diferenciado que surge en Estados Unidos (Universidad de Wisconsin-Madison, 1977) como «plataforma política» para la izquierda en las facultades de Derecho de ese país (Tushnet, 1991), habiéndose consolidado —no sin fuertes reacciones y sonoras polémicas— incluso en algunas universidades de élite (sobre todo en Harvard). Su cohesión no es tanto «intelectual-sustan-

tiva» cuanto «política» y «sociocultural»: «política» no por la adhesión a una teoría política elaborada, sino en un sentido o bien muy general de valores y actitudes «de izquierdas» compartidos o bien muy concreto de «activismo» en disputas políticas cotidianas. Y «sociocultural» porque CLS es una red de relaciones entre académicos que generacionalmente (al menos en su núcleo original y más conocido) comparten la herencia de los movimientos sociales de los sesenta; la «Nueva Izquierda» norteamericana y su «radicalismo cultural», más que el marxismo, marcan la identidad colectiva y el estilo iconoclasta de CLS. En ese espíritu, CLS renuncia al papel del intelectual-líder que suministra a las masas la «teoría correcta» para la transformación social global a través del Estado, y emprende la tarea más modesta de organizar a la izquierda jurídica académica para actuar ya en ese ámbito. De ahí su obsesión por la enseñanza del Derecho. Aquí critican

> la orientación profesional de las facultades como fábrica de abogados para el mundo de los grandes negocios [...]; su función «socializadora» en la estructura fuertemente jerarquizada de la profesión jurídica; la timidez en la aplicación de políticas de «acción afirmativa» en favor de las mujeres y las minorías raciales; el frío ambiente deshumanizado, jerarquizado y competitivo que se respira en la facultad [...]; la marginación en el plan de estudios de las materias más «políticas» o críticas (las que abordan más abiertamente las «grandes cuestiones» político-morales) frente a la centralidad de las que reproducen y legitiman el modelo existente en norteamérica, que además se enseñan como un apolítico discurso técnico-jurídico, o en todo caso de ingeniería social («policy analysis»), pero silenciando esas cuestiones valorativas en sentido fuerte. CLS desea introducir más cursos de carácter filosófico, político, histórico, socioteórico, etc. Pero, más que aumentar el número de créditos para tales materias [...] de lo que se trata es de *integrar* esos tres niveles («técnico-jurídico», «*policy*», y «político-moral»), de manera que este último no quede aislado sino que impregne la enseñanza de los otros dos; *el objetivo es denunciar la falsa autonomía del razonamiento jurídico, el falso apoliticismo tecnocrático de la concepción dominante sobre lo que es «pensar como un jurista» (y también el «neoformalismo» disfrazado de argumentos de «policy» estandarizados y acríticamente asumidos), que oculta la raíz político-moral del discurso jurídico* (Pérez Lledó, 1993, 727-729).

Por eso el trabajo sustantivo de CLS, centrado en cuestiones técnico-jurídicas (ellos son juristas, más que iusfilósofos), es fuertemente *interdisciplinar* y teóricamente muy *ecléctico*. Esto se debe a que CLS participa de la actual crítica post-ilustrada a la «gran teoría», porque esa búsqueda de explicaciones globales sobre la base de poderosas estructuras que se suceden siguiendo tendencias determinantes traiciona la idea de la complejidad y la contingencia social, y «congela» la posibilidad de imaginar órdenes alternativos. CLS ni se adhiere ni aspira a construir un único «sistema» teórico, y opta en cambio por prácticas teóricas a pequeña escala («teoría local») adaptando elementos tomados de las más diversas tradiciones y autores: existencialismo, fenome-

nología, teoría social clásica (Marx, Weber, Durkheim), pragmatismo, estructuralismo, psicoanálisis, Hegel, Nietzsche, Gramsci, Foucault o Habermas serían algunos ejemplos. Pero destaca la influencia del realismo jurídico norteamericano, el neomarxismo, el «postestructuralismo» y el feminismo:

1) CLS reproduce muchos argumentos de los realistas contra el formalismo jurídico (contra la ilusión de certeza y aplicabilidad mecánica del Derecho), enfatizando la indeterminación del lenguaje jurídico y la discrecionalidad del intérprete. Con esta «*crítica interna* de la razón jurídica», CLS aspira a «poner al descubierto el sentido político de la práctica cotidiana de los jueces y de los juristas, que construyen el Derecho mientras se ven a sí mismos como un instrumento del mismo» (Duncan Kennedy, 1992, 284). Pero CLS pretende llevar la crítica más lejos: *a*) rechaza el proyecto constructivo de algunos realistas, que defendían la recuperación de la certeza acudiendo a los intereses y objetivos sociales subyacentes en las normas (jurisprudencia finalista, «*policy analysis*»). Para CLS este enfoque «funcional» más que «formal» hoy tan extendido, que apela a supuestos consensos sociales no cuestionados y a una especie de racionalidad instrumental inmanente al ordenamiento jurídico, sigue ocultando la verdadera dimensión política y conflictiva del Derecho: los conflictos no sólo aparecen en el sistema formal de reglas, también en el de objetivos sociales y principios valorativos en los que aquéllas se inspiran. *b*) La actual «jurisprudencia de principios» (por ejemplo, Dworkin) cree posible resolver racionalmente tales conflictos acudiendo a su «ponderación» o a su reconstrucción en una teoría integradora coherente. CLS niega esa posibilidad: filosófica, moral y políticamente el Derecho está simultáneamente comprometido con polos opuestos de presupuestos e ideales irreconciliables. Subyacen las contradicciones del pensamiento liberal, que CLS analiza (individualismo y altruismo, razón y deseo, deontologismo y consecuencialismo, subjetivismo y objetivismo, intencionalismo y determinismo, justicia formal y sustantiva, etc.; Unger, 1975). Ocurre que en la práctica jurídica dominante los polos «conservadores» están ideológicamente privilegiados, lo que permite cierta predecibilidad empírica respecto de las decisiones jurídicas, pero CLS insiste en la indeterminación justificatoria: los polos «reprimidos» siguen reconociéndose, por lo que un buen jurista puede justificar plausiblemente, apelando a ellos, soluciones no convencionales (algo muy parecido al «uso alternativo del Derecho»). *c*) El refugio en la ciencia social empírica tampoco es para CLS la solución. Ante la sociología jurídica del movimiento Law and Society (Derecho y Sociedad), CLS se muestra ambivalente: políticamente, ataca su reformismo estatalista, tecnocrático y en el fondo conservador; y teóricamente rechaza su epistemología positivista, el crudo «empirismo» aséptico y ateórico del enfoque behaviorista dominante. Estas críticas se inspiran en buena medida en las ideas de la Escuela de Franc-

fort (también en autores como Kuhn): la crítica a la «razón instrumental» y a la distinción positivista entre hechos y valores, conocimiento y política, sujeto y objeto de conocimiento, teoría y praxis, ciencia y filosofía, etc. Pero algunos (Trubek, Abel, Sarat, Silbey) han intentado tender puentes hacia Law and Society (movimiento del que, en parte, CLS surgió como escisión), defendiendo la posibilidad de un «empirismo crítico». Respecto de Law and Economics (análisis económico del Derecho), CLS ha mostrado mayor aversión, criticando sus indemostradas premisas empíricas y el conservadurismo de sus presupuestos valorativos.

2) Si la dimensión política y controvertible del Derecho era ocultada por la jurisprudencia (tanto formalista como finalista) y por la sociología jurídica, había que acudir allí donde esa dimensión se abordaba abiertamente: la filosofía o teoría social. En los primeros años muchos recurrieron a la teoría social clásica, liberal-funcionalista o marxista. Pero pronto se abre un debate entre los llamados «racionalistas» e «irracionalistas» de CLS, en el que se impone la crítica contra el cientificismo y el determinismo de esas grandes teorizaciones: se cuestionan las visiones evolucionistas que buscan la «lógica profunda» del desarrollo histórico («racionalización formal», «lucha de clases»); se cuestiona el papel subordinado o instrumental que asignan al Derecho en relación con la realidad «dura» de la «acción social» y económica (o de la «infraestructura material»), desmintiendo mediante contraejemplos concretos la creencia exagerada en que determinadas respuestas jurídicas y no otras están necesariamente originadas en y orientadas a la satisfacción de ciertos intereses; se cuestiona el énfasis liberal en el equilibrio frente al conflicto, y se insiste, frente al marxismo vulgar, en el grado de «autonomía relativa» del Derecho. La crítica de la teoría social se inspiró en corrientes contemporáneas más flexibles (fenomenología, existencialismo, estructuralismo o la «Teoría Crítica» francfortiana). El mayor antideterminismo y el giro desde el materialismo hacia cuestiones de legitimación e ideología desembocará en dos desarrollos de CLS: la opción por la «teoría local», ya aludida, y la vuelta a la «crítica interna», centrada en el Derecho positivo y la cultura jurídica. Este «retorno al Derecho» se ve reforzado por la adopción de dos tesis: *a*) teoría «constitutiva» del Derecho en la sociedad. Se replantea la anterior discusión sobre la dirección y el grado de las relaciones causales Derecho/sociedad (posturas idealistas, materialistas, o mixtas como la de la autonomía relativa): el Derecho participa en la definición de los términos constitutivos de las relaciones sociales; no se trata pues de una relación causal entre esferas distintas. *b*) Teoría «cognitiva» de la legitimación jurídica. El Derecho (o mejor, la cultura o conciencia jurídica) constituye a la sociedad al ser uno de los «sistemas de creencias» con los que nosotros mismos «construimos» la realidad social; por tanto la función ideológica del Derecho es más bien «cognitiva» (o «hegemónica», en términos grams-

cianos) antes que directamente «persuasiva»: actúa no tanto convenciéndonos de que el orden existente es «justo», sino enseñándonos que es, en lo básico, «inmutable», y que las alternativas, más que «perversas», son «imposibles». La crítica ideológica del Derecho consistirá pues en examinar cómo opera la conciencia jurídica (creada por los juristas pero extendida a todos) en la creación de una conciencia del mundo que se presenta como verdadera y necesaria, y en mostrar cómo esa visión puede ser transformada mediante la crítica interna y detallada de las incoherencias del pensamiento jurídico plasmadas en miles de normas e instituciones jurídicas concretas, descongelando así la «falsa necesidad» de esa visión y abriendo el camino a la propuesta de mundos alternativos.

3) Llevadas a sus últimas consecuencias, muchas de las ideas anteriores darán paso a la irrupción en CLS de corrientes «postmodernas», especialmente aquellas obsesionadas por los textos y su manipulabilidad, que aplican al Derecho técnicas tomadas de la crítica literaria (la «deconstrucción» de Derrida). Por último, de la mano de ese relativizador espíritu postmoderno de exaltación de «la diferencia», «la subjetividad», «lo pequeño» o «lo local» —frente al universalismo ilustrado abstracto, objetivo, «logocéntrico», «eurocéntrico», etc.— llegará «el trasvase de la fuente de energía y de innovación de CLS a una nueva sede» (Duncan Kennedy, 1992, 287): la de su «intersección» con las «voces diferentes» del feminismo (Feminist Jurisprudence) y de la teoría crítica de la raza (Critical Race Theory). Estos movimientos en parte se solapan con CLS, que en todo caso mantiene con ellos una colaboración política e intelectual muy estrecha, aunque no ha estado exenta de dificultades (especialmente, el «debate sobre los derechos», en el que feministas y minorías raciales contestaron la crítica «tradicional» de CLS contra el carácter incoherente y alienante del discurso liberal de los derechos de la persona, derechos mejor apreciados desde la experiencia de aquellos grupos).

VII. CONCLUSIONES

Pese a su evidente heterogeneidad, las corrientes críticas aquí presentadas mostrarían algunos «rasgos de familia», como por ejemplo: 1) frente al iusnaturalismo idealista y al iuspositivismo formalista, énfasis en la *dimensión histórica y social del Derecho*; pero *se abandona la lectura materialista tradicional* del Derecho, reconociendo su relativa autonomía e incluso su carácter constitutivo de las relaciones sociales (paralelamente, se acentúa el *eclecticismo teórico*); 2) frente a la autonomía de la dogmática jurídica, defensa de la *interdisciplinariedad*; pero se toma en serio la *crítica interna* de la regulación jurídica y su estructura formal, sin refugiarse en una sociología jurídica externa; 3) énfasis en la *dimensión política del Derecho* y del discurso jurídico, rechazando su supues-

ta neutralidad valorativa; 4) énfasis en la *indeterminación del Derecho* (lagunas y contradicciones formales, incoherencias sustantivas) y en la subjetividad del razonamiento jurídico (reforzado por la progresiva adopción de la actual crítica postmoderna); 5) énfasis en el *carácter ideológico del Derecho*, con especial atención a la producción y reproducción de la conciencia jurídica (Derecho como discurso de los juristas, enseñanza del Derecho); 6) ambivalencia hacia el Derecho, criticado como factor de conservación del *statu quo* y apreciado como instrumento potencial de transformación.

En todo caso, más que por la defensa de tales o cuales ideas sustantivas, probablemente la mejor forma de caracterizar en general a los juristas críticos sea aludiendo a un «punto de vista» o actitud hacia el Derecho: el jurista crítico trabaja con el Derecho, pero no adopta el punto de vista «interno» o «normativo» propio de la ciencia jurídica «normal», cuya función práctica (orientada a la mejor realización del ordenamiento positivo) parece exigir una cierta aceptación o al menos acatamiento del Derecho dado y de las reglas de juego convencionales en la comunidad jurídica. El crítico no se sitúa en el lugar del legislador, no se siente obligado a reconstruir racionalmente el sistema ni a asumir, siquiera hipotéticamente, sus fines y valores como esquema de interpretación. El objetivo práctico del jurista crítico, movido por ideales de emancipación, busca más bien, «desde dentro», la subversión de ese Derecho o su instrumentalización en un sentido alternativo al que tradicionalmente se le ha dado.

BIBLIOGRAFÍA

Arnaud, A. J. (1973), *Essai d'analyse estructurale du Code civil français. La régle du jeu dans la paix bourgeoise*, LGDJ, Paris; v. e. *La regla del juego en la paz burguesa. Ensayo de análisis estructural del Código Civil francés*, B. Bernard (trad.), Universidad de Zulia, Maracaibo, Venezuela, 1978.

Atienza, M. y Ruiz Manero, J. (1993), *Marxismo y filosofía del Derecho*, Fontamara, México.

Barcellona, P. (ed.) (1973), *L'uso alternativo del diritto*, Laterza, Bari.

Barcellona, P. (1976), «Uso alternativo del derecho y legitimación de las "praxis emancipatorias"», en P. Barcellona y G. Cotturri, *El Estado y los juristas*, Fontanella, Barcelona, 254-269; v. or. De Donato, Bari, 1974.

Bergalli, R. (1982), *Crítica a la criminología*, Temis, Bogotá.

Boyle, J. (ed.) (1992), *Critical Legal Studies*, Dartmouth, Aldershot.

Capella, J. R. (1970), *Sobre la extinción del derecho y la supresión de los juristas*, Barcelona.

Capella, J. R. (1976), *Materiales para la crítica de la filosofía del Estado*, Fontanella, Barcelona.

Capella, J. R. (1993), *Los ciudadanos siervos*, Trotta, Madrid.

Cárcova, C. M. (1993), *Teorías jurídicas alternativas. Estudios sobre Derecho y Política*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires.

Cerroni, U. (1975), *Marx y el derecho moderno*, Grijalbo, México; v. or. *Marx e il diritto moderno,* Editori Riuniti, Roma, 1962.
Cerroni, U. (1977), «Conocimiento científico y Derecho», en Id., *Introducción a la ciencia de la sociedad,* Grijalbo, Barcelona; v. or. *Introduzione alla scienza sociale,* 1976.
Correas, O. (1982), *Introducción a la crítica del derecho moderno,* Universidad Autónoma de Puebla-Universidad Autónoma Guerrero.
Correas, O. (1987), «Kelsen y las dificultades del marxismo»: *Crítica jurídica* 5, 51-78.
Díaz, E. (1978), *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático,* Civitas, Madrid.
Douzinas, C. y Warrington, R. (1991), *Postmodern Jurisprudence. The Law of Text in the Texts of Law*, Routledge, London.
Dujardin, P. *et al.* (1978), *Pour une critique du droit*, PUG-Maspéro, Paris-Grenoble.
Edelman, B. (1973), *Le droit saisi par la photographie (Eléments pour une théorie du droit*), Maspéro, Paris; v. e. *La práctica ideológica del Derecho. Elementos para una teoría marxista del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1980.
Entelman, R. (1982), «Aportes a la formación de una epistemología jurídica», en VVAA, *El discurso jurídico*, Hachette, Buenos Aires.
Entelman, R. (1986), «Discurso normativo y organización del poder»: *Crítica Jurídica 4*, 109-116.
Faria, J. E. (1991), *Justicia e conflito*, Revista dos Tribunais, São Paulo.
Frug, M. J. (1992), *Postmodern Legal Feminism,* Routledge, New York.
Gordon, R. (1984), «Critical Legal Histories»: *Stanford Law Review 36,* 57-125.
Horowitz, M. (1977), *The Transformation of American Law, 1780-1860*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts.
Horowitz, M. (1992), *The Transformation of American Law, 1870-1960*, Oxford University Press, New York.
Hunt, A. y Fitzpartick, P. (eds.) (1987), *Critical Legal Studies,* Basil Blackwell, Oxford.
Jeammaud, A. (1986), «La crítica del Derecho en Francia»: *Crítica Jurídica 4,* 73-99.
Kairys, D. (ed.) (1990), *The Politics of Law: A Progressive Critique*, Pantheon Books, New York.
Kelman, M. (1987), *A Guide to Critical Legal Studies*, Harvard, Cambridge.
Kennedy, Duncan (1976), «Form and Substance in Private Law Adjudication»: *Harvard Law Review 89,* 1685-1778.
Kennedy, Duncan (1983), *Legal Education and the Reproduction of Hierarchy*, Afar, Cambridge.
Kennedy, Duncan (1992), «Nota sobre la historia de CLS en los Estados Unidos»: *Doxa 11*, 283-293.
Kennedy, David (1986), «Critical Theory, Structuralism and Contemporary Legal Scholarship»: *New England Law Review 21*, 209-289.
López Calera, N. M., Saavedra López, M. y Andrés Ibáñez, P. (1978), *Sobre el uso alternativo del Derecho*, Fernando Torres, Valencia.
Lyra Filho, R. (1982), «Introduçao ao Direito»: *Direito & Avesso. Boletim da Nova Escola Jurídica Brasileira*, 41-47.

Marí, E. E. (1982), «Moi, Pierre Riviere... o el mito de la uniformidad semántica del Derecho», en VVAA, *El discurso jurídico*, Hachette, Buenos Aires.
Miaille, M. (1976), *Une introduction critique au droit*, Maspéro, Paris.
Miaille, M. (1978), *L'Etat du droit*, PUG-Maspéro, Paris; v. e. *El estado del Derecho*, Universidad Autónoma de Puebla, Puebla, 1985.
Miaille, M. *et al.* (1986), *La crítica jurídica en Francia*, Universidad de Puebla, Puebla.
Michel, J. (1983), *Marx et la société juridique*, Publisud, Paris; v. e. *Marx y la sociedad jurídica*, Universidad Autónoma de Puebla, Puebla, 1986.
Novoa Monreal, E. (1985), *Elementos para una crítica y desmitificación del derecho*, EDIAR, Buenos Aires.
Pashukanis, E. B. (1976), *Teoría general del derecho y marxismo,* V. Zapatero (trad. y presentación), Labor, Barcelona.
Pérez Lledó, J. A. (1996), *El movimiento* «Critical Legal Studies», Tecnos, Madrid.
Puigpelat, F. (1987), «Sobre la filosofía jurídica marxista española»: *Crítica jurídica 5*, 27-42.
Plastino, C. A. (ed.) (1984), *Crítica do direito e do Estado*, Graal, Rio de Janeiro.
Recht en Kritiek 2/17 (1991): «Plural Legalities. Critical Legal Studies in Europe», R. Lange y K. Raes (eds.).
Rojas, F. (1989), «Comparaciones entre tendencias de Servicios Legales en Norteamérica, Europa y América Latina», en Id., *El otro derecho*, Bogotá.
Ruiz, A. (1986), «La ilusión de lo jurídico»: *Crítica jurídica 4*, 161-168.
Santos, B. de S. (1985), «On Modes of Production of Law and Social Power»: *International Journal of the Sociology of Law 13*, 299 ss.
Santos, B. de S. (1988), «La transición postmoderna: Derecho y política»: *Doxa 6*, 223-263; v. or. *The Postmodern Transition: Law and Politics,* en Austin Sarat y Thomas Kearns (eds.), *The Fate of Law,* University of Michigan Press, An Arbor, 1991, Amherst College, 1988.
Stanford Law Review 1-2/36, (1984): *Critical Legal Studies Simposium.*
Tushnet, M. (1991), «Critical Legal Studies: a Political History»: *Yale Law Journal 100,* 1515-1544.
Unger, R. (1975), *Knowledge and Politics,* The Free Press, New York; v. e. *Conocimiento y Política*, L. Rodríguez Ozán (trad.), Fondo de Cultura Económica, México, 1985.
Varios (1980), *Le droit capitaliste du travail*, PUG, Grenoble.
Varios (1982), *El discurso jurídico*, Hachette, Buenos Aires.
Varios (1986a), *L'Administration dans son droit*, Publisud, Paris.
Varios (1986b), *Introduction critique au droit international*, PUL, Lyon.
Varios (1991), *Materiales para una teoría crítica del Derecho*, Buenos Aires.

III
NORMA Y SISTEMA JURÍDICO

LENGUAJE JURÍDICO

José Juan Moreso

Con toda seguridad, la afirmación de que el Derecho es dependiente del lenguaje es susceptible de suscitar un amplio acuerdo. Ahora bien, cuáles sean las relaciones que hay entre Derecho y lenguaje es una cuestión merecedora de un análisis detallado y sobre la cual ya no existe tan amplio acuerdo.

La expresión «lenguaje jurídico» es ambigua. Podemos distinguir, al menos, dos sentidos de ella: *a*) puede referirse al lenguaje en el que se expresan las normas, al *lenguaje del Derecho* (al lenguaje legal, principalmente); b) también se refiere al lenguaje en el que se expresan los juristas, al *lenguaje de los juristas* acerca del Derecho (al lenguaje de la ciencia jurídica, principalmente) (cf. Wróblewski, 1966; Capella, 1968, 29-30; Guastini, 1992, 33).

Me referiré en primer lugar al lenguaje del Derecho. Me ocuparé de diversas cuestiones: la relación entre normas y lenguaje, el tipo de discurso del lenguaje del Derecho, la dependencia del lenguaje del Derecho en relación a los lenguajes naturales.

En relación al lenguaje de los juristas, me ocuparé del nivel lingüístico de dicho lenguaje, de la dependencia de este lenguaje en relación al lenguaje legal y, por tanto, de la dependencia del lenguaje de los juristas de los lenguajes naturales.

I. NORMAS JURÍDICAS Y LENGUAJE

La existencia de las normas es dependiente del lenguaje (Wright, 1963, 94). El lenguaje como conjunto de símbolos puede analizarse desde tres puntos de vista (Carnap, 1942, sec. 4; Morris, 1962, cap. 8): *a)* sintáctico, que estudia la estructura y relaciones entre los símbolos; *b)* semántico, que estudia la relación entre los símbolos y su significado; *c)*

pragmático, que estudia la relación entre los símbolos y su uso. Según el punto de vista que se privilegie, se obtendrá una relación distinta entre normas y lenguaje e, incluso, diversas concepciones de las normas (para algunas de estas concepciones, cf. Bulygin, 1986, 194-195; Caracciolo, 1988, 28-29; Moreso y Navarro, 1993, 50):

a) Concepción sintáctica: existe una clase de formulaciones lingüísticas que, por su estructura sintáctica (tal vez no por su estructura superficial sino por la estructura profunda, cf. Vernengo, 1988, 425-438), pueden calificarse como *formulaciones normativas*. Las normas jurídicas son idénticas a algunas formulaciones normativas (tal vez, a las promulgadas por el legislador). En este caso, cuando nos referimos a la norma contenida en el artículo N de la ley L, lo hacemos a los símbolos lingüísticos que componen el artículo N. Pueden así entenderse afirmaciones como: «La norma N tiene diez palabras», o «en la norma N aparece el término "comprar"». Aun así, debe especificarse si por norma se entiende el enunciado-inscripción dictado por el legislador (el *token*) o la clase formada por ese enunciado y todas sus copias (el *type*) (para una concepción radicalmente inscripcionalista de las normas, cf. Hernández Marín, 1989, 49-50); esto es, si las normas son entidades espacio-temporales o son entidades abstractas (clases).

b) Concepción semántica: de la misma forma que las *proposiciones* son el sentido de los enunciados asertivos (susceptibles de verdad o falsedad), las *normas* son el sentido de las formulaciones normativas. El ámbito de las entidades semánticas no sólo está ocupado por proposiciones asertivas, sino también por proposiciones prescriptivas (*normas*), por proposiciones interrogativas, por proposiciones de promesa, etc. Para la existencia de una norma, basta que sea expresable lingüísticamente, aunque nunca haya sido expresada en lenguaje alguno. De esta forma, las consecuencias lógicas de las normas (explícitamente formuladas) pueden existir como normas (implícitamente formuladas). Y, tal vez, también de esta forma pueden existir las normas consuetudinarias o los principios jurídicos, pues aunque no hayan sido formulados explícitamente, son lingüísticamente formulables. Esta concepción es denominada por Alchourrón y Bulygin (1979 y 1981) concepción *hilética* de las normas.

c) Concepción pragmática: es habitual contemplar el lenguaje como una herramienta o instrumento con el cual pueden hacerse cosas diversas: aseverar, ordenar, preguntar, prometer, amenazar, halagar, etc. Esto es, precisamos distinguir entre el *sentido* de una expresión lingüística y su *fuerza,* (Austin, 1962, conf. VI), la fuerza reside en aquello que logramos hacer con un enunciado, no aquello que significamos con él. Mientras para los defensores de la concepción semántica, la fuerza de los enunciados tiene trascendencia semántica, para otros autores la fuerza sólo tiene trascendencia pragmática. Son los actos lingüísticos de aseverar, prescribir, preguntar, prometer, etc., los que muestran los diversos usos del lenguaje. Lo que se asevera, prescribe o

pregunta son proposiciones. Para esta concepción, las normas son los actos lingüísticos de ordenar proposiciones. Alchourrón y Bulygin (1979 y 1981) la denominan concepción expresiva de las normas.

II. LENGUAJE DEL DERECHO Y TIPO DE DISCURSO

Se acostumbra a pensar que el lenguaje del Derecho es un lenguaje cuyo tipo de discurso es el discurso prescriptivo. Un discurso cuyos componentes (las normas, entendidas de alguna de las formas anteriores) no son susceptibles de verdad o falsedad (aunque éste es un punto polémico) y que tienen como función influir en el comportamiento humano. Sin embargo, en el Derecho existen múltiples elementos que (al menos, aparentemente) no pertenecen al discurso prescriptivo: así las definiciones, las disposiciones derogatorias, etc. Aunque en el pensamiento jurídico existen varios intentos de reducir todos estos elementos a un tipo de discurso prescriptivo (cf. por todos Kelsen, 1960, 55-59), aquí y bajo la suposición de que tales intentos distorsionan nuestra imagen del Derecho (Hart, 1961, 38-41), se supondrá que en el Derecho, además de reglas prescriptivas o regulativas, existen reglas conceptuales o constitutivas o cualificatorias (Alchourrón y Bulygin, 1983; Carcaterra, 1979, 53 ss; Hernández Marín, 1989, 82 ss; Searle, 1969, 50-53). Aunque, por razones de comodidad, podemos seguir denominando normas a ambos tipos de entidades. Pero es importante advertir que cuando el legislador define la noción de bien inmueble o de mayor de edad, no está ordenando conducta alguna, sino sólo delimitando las condiciones en las cuales otras reglas prescriptivas (referidas a los bienes inmuebles o a los mayores de edad) determinarán el comportamiento de sus destinatarios.

Es importante destacar que la distinción entre tipos de discurso se halla vinculada con la cuestión de los usos del lenguaje. Si se acepta que en el Derecho existen algunas entidades que no son prescripciones, entonces debe aceptarse que no todos los actos lingüísticos de promulgación tienen fuerza prescriptiva. Por otra parte, promulgar también es un tipo de acto lingüístico con determinada fuerza, un acto lingüístico realizativo mediante el cual se consigue, si el acto tiene éxito, «crear» una norma jurídica (cf. la analogía entre promulgar y prometer en Wright, 1963, 116-117). Tal vez pueda afirmarse (cf. la sugerencia de Searle, 1991, 475) que promulgar normas (jurídicas) es un acto con dos tipos de fuerza (con dos objetos ilocucionarios): *a)* con fuerza realizativa de crear normas jurídicas y *b)* con la fuerza de ordenar o prescribir (en el caso de la promulgación de prescripciones), con la fuerza de definir (en el caso de la promulgación de definiciones legales), con la fuerza de derogar (en el caso de la promulgación de disposiciones derogatorias), con la fuerza de nombrar (en el supuesto de la promulgación de nombramientos —de embajador, de juez, etc.—). Todos estos usos

del lenguaje legal no-prescriptivos pueden contemplarse como usos realizativos del lenguaje: al promulgar una definición determinada se constituye, en el contexto legal, a los ríos como bienes de dominio público; al promulgar una disposición derogatoria se elimina la norma N del conjunto de normas jurídicas; al promulgar un nombramiento determinado X cuenta, en el contexto del Derecho, como embajador, etc.

III. LENGUAJE DEL DERECHO Y LENGUAJES NATURALES

El lenguaje con el cual el Derecho se expresa es el lenguaje natural (el castellano, el inglés, el francés, etc.), el lenguaje del Derecho forma parte de ese entramado de reglas, prácticas y convenciones sociales que constituyen los lenguajes naturales. En realidad, el lenguaje del Derecho de una comunidad no es más que un subconjunto del lenguaje natural de esa comunidad (si el Derecho se halla expresado en ese lenguaje). Los lenguajes naturales suelen contraponerse a los lenguajes artificiales (como el lenguaje de las matemáticas o de la lógica proposicional). Los lenguajes artificiales se expresan con mayor rigor y precisión y, por ello, son más adecuados para algunas finalidades. La lógica deóntica puede verse, aunque no sólo, como un intento de construir un lenguaje artificial para el lenguaje de las normas. A su vez, suele sostenerse que el lenguaje del Derecho es un lenguaje técnico. Un lenguaje técnico o especializado es un lenguaje que contiene términos que o bien sólo son usados en ese ámbito y, por esa razón, aparecen rigurosamente definidos (pensemos en el término «electrón» de la física o en expresiones del Derecho español como «Ley Orgánica», «matrimonio en régimen de gananciales» etc.), o bien son términos usados en el lenguaje común pero definidos de forma que, en un ámbito especializado y en virtud de definiciones, tienen un uso determinado, más riguroso y unívoco que su uso en el lenguaje común (casos como los del término «anillo» en álgebra o «asesinato» en el lenguaje del Derecho penal, pueden servir de ejemplos). En este apartado me ocuparé (cf. Vernengo, 1988, 37-40), por tanto, de tres cuestiones: *a)* de los problemas del lenguaje del Derecho como lenguaje natural y, en particular, de la vaguedad y de la ambigüedad de las expresiones del lenguaje jurídico; *b)* de los problemas de representación en un lenguaje artificial —el (los) lenguaje(s) de la lógica deóntica— del lenguaje del Derecho; y *c)* de los términos técnicos en el lenguaje del Derecho y de las definiciones legales.

a) La *vaguedad* y la *ambigüedad* de las expresiones lingüísticas son dos limitaciones (limitaciones para un lenguaje que tenga como objetivo la precisión y el rigor) habituales del lenguaje común.

Una expresión lingüística E es *vaga* si y sólo si en algunos casos nos plantea el problema de si un determinado objeto pertenece o no a la referencia de E. Términos genéricos como «bosque», «calvo» o «montón»

(los dos últimos ya citados por los estoicos, Eubúlides decía: «¿Dirías que un hombre es calvo si sólo tiene un pelo? Sí. ¿Dirías que es calvo si sólo tiene dos? Sí ¿Dirías..., etc.? ¿Dónde sitúas entonces la línea divisoria entre ser calvo y no serlo?» [Kneale y Kneale, 1972, 108]) plantean problemas para determinar su referencia en numerosos casos de duda. En el Derecho existen términos como «nocturnidad» (¿qué decir del atardecer?) o «habitualmente» (¿cuántas veces hay que repetir un comportamiento para que sea habitual?) que adolecen de vaguedad en ese sentido. En realidad, el problema es más grave, puesto que como se ha mostrado en repetidas ocasiones (Russell, 1923; Williams, 1945, 181 ss; Waissmann, 1951; Wittgenstein, 1953, 76, 80; Ross, 1958, 114-115; Hart, 1961, 121 ss; Carrió, 1990, 31 ss; Scheffler, 1979, 50-65; Atienza, 1985, 13-15; Guibourg, Ghigliani y Guarinoni, 1985, 47-49; Hernández Marín, 1989, 38-39; Iturralde Sesma, 1989, 31-34; Luzzati, 1990, 16 ss), todos los términos genéricos son *potencialmente* vagos, lo que se conoce como *textura abierta* del lenguaje: siempre es posible imaginar un objeto del que no disponemos de criterios para saber si pertenece a la referencia de la expresión. Y ello vale también para los lenguajes artificiales. En principio, no tenemos graves dificultades de aplicación del término «gato» (en los contextos en donde nos referimos a un animal mamífero), pero ¿seguiríamos usando la palabra «gato» para referirnos a un animal con la forma de gato pero que caminara erguido, vistiera traje gris y se dirigiera a nosotros con la expresión «nice to meet you»? De la misma forma, como el Derecho usa reglas que contienen términos generales, dispuestos a ser aplicados a un número amplio de casos, existen muchos casos dudosos o difíciles en virtud de la vaguedad de los términos usados en la formulación de la regla. Así, ¿va *armado* un individuo que lleva una aguja hipodérmica, para saber si se le debe aplicar una agravante penal?, ¿hasta cuándo es un hijo *recién nacido*, para saber si la madre que lo mata para ocultar su deshonra cometió delito de infanticidio?, ¿cuán *precioso* ha de ser un objeto oculto e ignorado para que se considere tesoro a efectos civiles?, etc.

Dicho en palabras, ya célebres, de Hart (1961, 119):

> Todas las reglas importan reconocer o clasificar casos particulares como ejemplos de términos generales, y frente a cualquier regla es posible distinguir casos centrales claros, a los que ella sin duda se aplica, y otros casos en los que hay tantas razones para afirmar como para negar que se aplica. Es imposible eliminar esta dualidad de un núcleo de certeza y una penumbra de duda, cuando se trata de colocar situaciones particulares bajo reglas generales.

Una expresión lingüística E es *ambigua* si y sólo si tiene varios significados, E1, E2... E*n*. Podemos distinguir dos tipos de ambigüedad (cf. Scheffler, 1979, 11 ss; Hernández Marín, 1989, 39-40; Guastini 1992, 23-24):

— Ambigüedad *extracontextual*: una expresión lingüística E es E-ambigua si y sólo si tiene varios sentidos al margen de cualquier contexto, pero dispone de un significado unívoco cuando es situada en un contexto determinado. Así, la expresión «luna» tiene este tipo de ambigüedad, puesto que posee varios significados, pero en contextos habituales la ambigüedad se desvanece, como los siguientes ejemplos ponen de manifiesto: «Esta noche hay luna llena», «Pedro rompió la luna del espejo». Algunas expresiones que aparecen en el lenguaje legal sufren de E-ambigüedad que el contexto hace desvanecer. Así ocurre con la expresión «grado». En el contexto del Código civil, significa el número de generaciones que determinan la proximidad del parentesco, en el contexto del Código penal significa, en cambio, los tiempos en los que se divide cada pena en su escala. La E-ambigüedad no es un problema serio puesto que (salvo en contextos muy rebuscados) el contexto determina el sentido de la expresión.

— Ambigüedad *contextual*: una expresión linguística E es C-ambigua si y sólo si tiene varios significados en un contexto determinado. En la C-ambigüedad puede distinguirse entre una expresión que tiene varios significados que sólo pueden usarse de forma alternativa en un contexto determinado (expresiones CA-ambiguas) y una expresión que tiene varios significados usados en un contexto simultáneamente (expresiones CS-ambiguas).

La CA-ambigüedad es típica de expresiones con frases adjetivas o de relativo (Ross, 1958, 124-125), como la siguiente: «Vendió los cuadros y las joyas que le regaló la abuela». Esta expresión puede significar o bien «vendió los cuadros que le regaló la abuela y las joyas que le regaló la abuela», o bien «vendió las joyas que le regaló la abuela y los cuadros», pero carecemos de elementos para decidir cuál sea el significado ambigüedad producto del empleo de cláusulas adjetivas. Así, cuando el código civil español establece (art. 1346.7): «Son bienes privativos de cada uno de los cónyuges: las ropas y objetos de uso personal que no sean de extraordinario valor», ¿debe entenderse que son bienes privativos de cada cónyuge las ropas que no sean de extraordinario valor y los objetos de uso personal que no sean de extraordinario valor, o bien los objetos que no sean de extraordinario valor y las ropas, sea cual fuere su valor?

La CS-ambigüedad se da, por ejemplo, en algunos tipos de metáfora. Cuando J. L. Borges escribe el siguiente verso: «De hierro, no de oro, fue la aurora» (en el libro *La moneda de hierro*, de 1976), nos sugiere un amanecer gris más que resplandeciente; pero, a su vez, el lector que sabe que lee el primer verso de un poema titulado «Elegía de la patria», piensa en un inicio de la patria situado más bien en la violencia que en la riqueza. Una expresión del lenguaje legal CS-ambigua es la contenida en el art. 46.1 del Código civil, que dice: «No pueden contraer matrimonio los menores de edad no emancipados», que suele entenderse a la vez como «se prohíbe contraer matrimonio a los menores de edad no eman-

cipados», como «el matrimonio entre menores no emancipados es nulo» y, también, como «se prohíbe a los funcionarios competentes autorizar la celebración del matrimonio entre menores no emancipados».

b) Lenguaje legal, lenguaje artificial y lógica deóntica. La lógica deóntica puede contemplarse como un intento de expresar el lenguaje imperativo en un lenguaje artificial. Se suele suponer que las conectivas (no [-], y [^], o [v] y si... entonces [→]) funcionan de la misma forma en el lenguaje asertivo que en el imperativo, y que añadiendo los operadores normativos (obligatorio, prohibido y permitido) a las fórmulas de la lógica proposicional, dispondremos ya de un lenguaje apto para representar el discurso imperativo. Sin embargo, existen a dicho efecto varios importantes problemas. Prescindiré del problema de si las conectivas pueden tener sentido en un lenguaje como el imperativo, no susceptible de verdad o falsedad, sin que les venga otorgado por las tablas de verdad, y señalaré solamente la siguiente cuestión: mientras es posible unir mediante el condicional cualesquiera dos fórmulas asertivas (aunque no por ello existe acuerdo sobre si el condicional material recoge el sentido de las expresiones condicionales del lenguaje natural, ya decía Calímaco «hasta los cuervos graznan en los tejados discutiendo acerca de la naturaleza de los condicionales» [Kneale y Kneale, 1972, 121]), y así obtener una expresión bien formada a partir de «él va a la panadería» (p) y «él comprará *croissants*» (g): «Si él va a la panadería entonces comprará croissants» (p→q); no sucede lo mismo con «¡ve a la panadería!» (Op) y «¡compra croissants!» (Oq), puesto que «si ¡ve a la panadería! entonces ¡compra croissants!» (Op→Oq) carece de sentido: no hay forma de dar una lectura prescriptiva al antecedente de un condicional. A pesar de ello, muchos cálculos de lógica de normas siguen empleando fórmulas como Op→Oq. Y estas peculiaridades del lenguaje prescriptivo deben ser tenidas en cuenta si se quiere disponer de un adecuado lenguaje artificial para las normas.

c) El lenguaje legal es, ciertamente, un lenguaje que contiene términos técnicos. Tanto términos puramente técnicos, que sólo se usan en el lenguaje legal y en los contextos en que este lenguaje es mencionado (pensemos en expresiones como «censo enfitéutico», «preterición de la herencia», «reclusión menor»), como términos tomados del lenguaje común pero a los cuales el legislador fija el sentido legal a través de una definición («tesoro oculto», «asesinato») (Morrison, 1989, 314). Vale la pena hacer notar, sin embargo, que estas definiciones legales, si bien fijan el sentido de algunos términos empleados por el legislador, suponen la existencia de un trasfondo de convenciones y prácticas que constituyen el lenguaje común, puesto que sus definientes deben usar términos del lenguaje común. De forma que la tecnicidad del lenguaje legal no lo libra de existir en el entramado del lenguaje común (cf. Iturralde Sesma, 1989, 50 ss).

IV. EL LENGUAJE DE LOS JURISTAS COMO METALENGUAJE DEL LENGUAJE DEL DERECHO

Una parte importante del lenguaje de los juristas (tanto del lenguaje de la ciencia jurídica cuanto del lenguaje de los operadores jurídicos) es acerca del lenguaje legal. Sus enunciados expresan *proposiciones normativas* (Bulygin, 1982), cuyo valor de verdad depende principalmente de la existencia de determinadas normas. En este sentido, el lenguaje de los juristas es asertivo y sus enunciados (o las proposiciones expresadas por dichos enunciados) susceptibles de verdad o falsedad. Entre las proposiciones normativas podemos distinguir: *a*) *Proposiciones normativas puras*, expresadas por enunciados acerca de la existencia de normas (enunciados del tipo de «En el Derecho español hay una norma que obliga a...»); *b*) *Proposiciones normativas interpretativas*, expresadas por enunciados que atribuyen significado a determinadas formulaciones normativas («El texto T significa que... »); y *c*) *Proposiciones normativas aplicativas*, expresadas por enunciados que atribuyen significado a un texto y señalan que la norma se refiere a un individuo u objeto determinado («X está obligado a pagar el precio de la cosa C», cuyo valor de verdad depende de la existencia de una formulación normativa con el significado de obligar a los compradores a pagar el precio de la cosa y de que X sea un comprador [cf. Raz, 1970, 49 y Hernández Marín, 1989, 268 ss]). Obviamente, la ciencia jurídica también formula otro tipo de enunciados: enunciados factuales (también, para algunas concepciones, las proposiciones normativas son expresadas por enunciados factuales, puesto que la existencia de las normas depende de determinados hechos sociales, pero los enunciados aquí denominados factuales no se refieren principalmente a la existencia de las normas), definiciones y juicios de valor.

Dos tipos de *enunciados factuales* son prevalentes en el lenguaje de los juristas: *a*) enunciados que se refieren a la eficacia y a la efectividad de determinadas normas; *b*) enunciados que afirman que determinados objetos o acciones pertenecen a la referencia de determinada norma (uno de los componentes de los enunciados aplicativos, como «Z es un bien de dominio público», «X es un parricidio», etc.).

Las *definiciones* de la ciencia jurídica (definiciones de términos no definidos por el legislador, como «empresa», «dolo» o «competencia exclusiva») son enunciados que sirven para *identificar* los comportamientos regulados por el legislador (cuando en las condiciones de aplicación de las normas se refiere a empresas, a acciones dolosas o a competencias exclusivas). Estas definiciones no se diferencian, en un sentido, de las definiciones del legislador: en ambos casos se determina el contenido de las prescripciones; ahora bien, las definiciones legales (como, por ejemplo, la de mayoría de edad) determinan el contenido normativo *querido* por las autoridades, mientras que siempre es discutible si las definiciones de los juristas asignan a las expresiones no definidas por las autoridades el mismo sentido usado por ellas (las definiciones legales

pertenecen al sistema jurídico y las definiciones de la ciencia jurídica, no). Disponer de definiciones para determinados términos hace del lenguaje de la ciencia jurídica un lenguaje parcialmente técnico o especializado. Pero ello no le libra de los problemas del lenguaje natural, porque las definiciones están formuladas precisamente en ese lenguaje natural.

La ciencia jurídica también formula *juicios de valor*. Evalúa la adecuación de las normas y de su aplicación a determinados estándares morales o de justicia. La concepción de la justicia que se sostenga permitirá contestar a la cuestión de si estos juicios tienen o no valores de verdad. Sin embargo, más débilmente, puede afirmarse que si se determinan con claridad los fines u objetivos del Derecho en un programa de política jurídica (sean cuales fuesen los fundamentos de tal política jurídica), los juicios de valor tienen, en relación a los enunciados que expresan dicho programa de política jurídica, valores de verdad.

V. LA DEPENDENCIA DEL LENGUAJE DE LOS JURISTAS DEL LENGUAJE LEGAL

La ciencia jurídica acostumbra a proyectar sobre el mundo los conceptos usados en el lenguaje del Derecho. El mismo Derecho, que es el objeto de conocimiento de la ciencia jurídica, es a su vez el mayor suministrador de términos para la ciencia jurídica. Nociones tales como parricidio, grado en el parentesco, bien mueble, letra de cambio o ley orgánica, son usadas por los juristas de forma «parasitaria» respecto de su uso en el lenguaje del Derecho. Usan a menudo el lenguaje, como sostenía Carnap (1971, 308), de una manera transpuesta, un modo material de hablar. Carnap entiende por tal aquel uso del lenguaje en el cual «para decir algo acerca de un objeto *a*, decimos algo paralelo acerca de un objeto *b* que está en una relación determinada con el objeto *a*». Y, más adelante, añade:

> De acuerdo al uso común del lenguaje, una acción *a* de una determinada persona es llamada *delito* si el Derecho penal del país en que tal persona vive coloca la descripción de la clase de acción a la que *a* pertenece en la lista de delitos.

Carnap advierte que tal uso del lenguaje puede conducir a peligrosas oscuridades, pero que usado cuidadosamente no conduce a contradicciones. Pues bien, éste es el tipo de discurso de los juristas cuando usan determinados conceptos: por ejemplo, cuando usan el concepto de mayoría de edad en la expresión «Cayo es mayor de edad», significando en realidad «según el Derecho, Cayo es mayor de edad». Cuando se atribuye la cualidad de mayor de edad a Cayo, en realidad se está afirmando la pertenencia de Cayo a la clase de los mayores de 18 años y la existencia de una norma jurídica que atribuye la propiedad de ser mayores de edad a los mayores de 18 años, un tipo de enunciado aplicativo. Es decir, el lenguaje de los juristas depende del lenguaje legal.

VI. LA DEPENDENCIA DEL LENGUAJE DE LOS JURISTAS DEL LENGUAJE NATURAL

Si el lenguaje de los juristas depende del lenguaje legal y el lenguaje legal depende del lenguaje natural (y bajo el supuesto de la transitividad de la relación de dependencia), el lenguaje de los juristas depende del lenguaje natural.

Esta conclusión no debería ser considerada polémica. Sin embargo, dado que el uso más habitual del lenguaje de los juristas es un uso interpretativo consistente en atribuir significado a determinadas formulaciones normativas del legislador, y dado que algunos autores sostienen que interpretar un enunciado es *siempre* estipular un significado para ese enunciado (cf. Guastini, 1992, 101 ss) y que, se dice, las normas sólo existen después del acto interpretativo (tal como, tal vez, defienden los escépticos de las reglas [Hart, 1961, 132 ss] como algunos representantes del realismo jurídico americano y, más recientemente, algunos autores de Critical Legal Studies), vale la pena recordar que el lenguaje de los juristas vive en el entramado de reglas, convenciones y prácticas que constituyen los lenguajes naturales. Por consiguiente, la única forma de atribuir sentido a una formulación normativa es hacerlo en el ámbito de dicho entramado. Habitualmente, los juristas no estipulan un significado, sino que describen el significado que el enunciado tiene en el lenguaje. Cuando estipulan un significado, sea porque los términos de la formulación normativa son vagos o la formulación es ambigua, etc., entonces recomiendan (tal vez de *sententia ferenda*) *un* uso determinado para dicha formulación. Si el que realiza dicha actividad es un órgano de aplicación del Derecho, entonces su estipulación tiene consecuencias normativas (y, por esa razón, la aplicación del Derecho es, a veces y de manera inevitable, *discrecional*: cf. Hart, 1961, 138-142). Pero, el lenguaje jurídico (en cualquiera de sus acepciones) sólo puede comprenderse como una parte de esa amplia práctica comunicativa que es el lenguaje natural. Si no fuera así, el Derecho no podría cumplir su principal función de motivación de comportamientos humanos. Al fin y al cabo, el lenguaje natural, si bien no es totalmente translúcido, tampoco es plenamente opaco, o, dicho en expresión de M. Radin (1930, 866), «si bien las palabras no son como cristales tampoco son como baúles de viaje, no podemos poner en ellas todo lo que queramos» (o estipulemos).

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV. (1976), *Derecho, Filosofía y Lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja*, Astrea, Buenos Aires.
Alchourrón, C. y Bulygin, E. (1979), *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, Universidad de Carabobo, Valencia, Venezuela.

Alchourrón, C. y Bulygin, E., (1981), «The Expressive Conception of Norms», en R. Hilpinen (ed.), *New Essays in Deontic Logic*, Reidel, Dordrecht, 95-124.
Alchourrón, C. y Bulygin, E., (1983), «Definiciones y normas», en E. Bulygin *et al.* (comps.), *El lenguaje del Derecho. Homenaje a G. Carrió*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 11-42.
Alchourrón, C. y Bulygin, E. (1991), *Análisis lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
Atienza, M. (1985), *Introducción al Derecho*, Barcanova, Barcelona.
Austin, J. L. (1962), *How to Do Things with Words*, Oxford University Press, Oxford; v. e. *Cómo hacer cosas con palabras*, G. Carrió y E. Rabossi (trads.), Paidós, Barcelona, 1982.
Bulygin, E. (1982), «Norms, Normative Propositions and Legal Statements», en G. Floistad (ed.), *Contemporary Philosophy. A new Survey III*, The Hague, Martinus Nijhof, 107-125.
Bulygin, E. (1986), «Legal Dogmatics and Systematization of Law»: *Rechtstheorie 10*, 193-210.
Bulygin, E. *et al.* (comps.) (1983), *El lenguaje del Derecho. Homenaje a G. Carrió*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
Capella, J. R. (1968), *El Derecho como Lenguaje*, Ariel, Barcelona.
Caracciolo, R. (1988), *Sistema jurídico, problemas actuales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
Carcaterra, G. (1979), *La forza costitutive delle norme*, Bulzoni, Roma.
Carnap, R. (1942), *Introduction to Semantics and Formalization of Logic*, Harvard University Press, Cambridge.
Carnap, R. (1971), *The Logical Syntax of Language*, Routledge & Kegan Paul, London.
Carrió, G. ([4]1990), *Notas sobre Derecho y Lenguaje* (1965), Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
Guastini, R. (1992), *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, Torino.
Guibourg, R., Ghigliani, A. y Guarinoni, R. (1985), *Introducción al conocimiento científico*, Eudeba, Buenos Aires.
Hart, H. L. A. (1961), *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford; v. e. *El concepto de Derecho*, G. Carrió (trad.), Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1963.
Hernández Marín, R. (1989), *Teoría General del Derecho y de la Ciencia Jurídica*, P.P.U., Barcelona.
Iturralde Sesma, V. (1989), *Lenguaje Legal y sistema jurídico*, Tecnos, Madrid.
Kelsen, H. ([2]1960), *Reine Rechtslehre*, Franz Deuticke, Wien; v. e. *Teoría Pura del Derecho*, R. Vernengo (trad.), UNAM, México, 1979.
Kneale, W. y Kneale, M. (1972), *El desarrollo de la lógica* (1961), J. Muguerza (trad.), Tecnos, Madrid.
Luzzati, C. (1990), *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Giuffrè, Milano.
Moreso, J. J. y Navarro, P. E. (1993), «Some Remarks on the Notions of Legal Order and Legal System»: *Ratio Iuris* 6, 48-63.
Morris, Ch. (1962), *Signos, Lenguaje y conducta* (1946), Losada, Buenos Aires.
Morrison, M. J. (1989), «Excursions into the Nature of Legal Language»: *Cleveland State Law Review* 37, 271-336.

Radin, M. (1930), «Statutory Interpretation»: *Harvard Law Review 43*, 863-885.
Raz, J. (1970), *The Concept of a Legal System*, Oxford University Press, Oxford; v. e. *El concepto de sistema jurídico*, R. Tamayo (trad.), UNAM, México, 1986.
Ross, A. (1958), *On Law and Justice*, Stevens, London; v. e. *Sobre el Derecho y la Justicia*, G. Carrió (trad.), Eudeba, Buenos Aires, 1963.
Russell, B. (1923), «Vagueness»: *Australasian Journal of Philosophy 1*, 84-92.
Schauer, F. (ed.) (1993), *Law and Language*, Darmouth, Aldershot.
Scheffler, I. (1979), *Beyond the Letter*, Routledge & Kegan Paul, London.
Searle, J. (1969), *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge University Press, Cambridge; v. e. *Actos de habla. Ensayo de filosofía del Lenguaje*, L. M. Valdés (trad.), Cátedra, Madrid, 1980.
Searle, J. (1991), «Una taxonomía de los actos ilocucionarios» (1975), en L. M. Valdés Villanueva (ed.), *La búsqueda del significado*, Tecnos, Madrid, 449-476.
Vernengo, R. J. ([2]1988), *Curso de teoría general del Derecho*, Depalma, Buenos Aires.
Waissmann, F. (1951), «Verifiability», en A. Flew (ed.), *Logic and Language*, Basil Blackwell, Oxford, 117-144.
Williams, G. (1945), «Language and the Law»: *Law Quarterly Review 61*, 181-195; 293-302.
Wittgenstein, L. (1953), *Philosophical Investigations*, Basil Blackwell, Oxford; v. e. *Investigaciones filosóficas*, A. García Suárez y U. Moulines (trads.), Crítica/UNAM, Barcelona-México, 1988.
Wright, G. H. von (1963), *Norm and Action*, Routledge & Kegan Paul, London; v. e. *Norma y acción*, P. García Ferrero (trad.), Tecnos, Madrid, 1971.
Wróblewski, J. (1966), «Normativity of Legal Science»: *Logique et Analyse 9*, 60-77.

AUTORIDAD - COMPETENCIA

Rafael Hernández Marín

I. AUTORIDAD - COMPETENCIA

Lo que permite calificar a un sujeto, individual o colectivo, como una *autoridad jurídica* es la existencia de una norma jurídica de competencia, que le *autoriza* a crear normas *jurídicas*. Un parlamento y un ministro son autoridades jurídicas, porque existen normas jurídicas de competencia que les autorizan a crear normas jurídicas.

Algunos filósofos del Derecho matizarían la afirmación anterior, observando que en todos los sistemas jurídicos existen sujetos que son autoridades jurídicas, en el sentido de que crean normas jurídicas, a pesar de que no existe ninguna norma jurídica de competencia que les autorice a ello. Estas autoridades son denominadas autoridades *supremas o soberanas*. Las restantes, o sea, aquellas cuya cualificación como autoridades jurídicas proviene de la existencia de una norma jurídica de competencia que les autoriza a crear normas jurídicas, son autoridades *subordinadas*. La afirmación inicial sería correcta, pues, sólo en relación a estas últimas autoridades, las subordinadas.

E! tema de las autoridades supremas o soberanas es un tema complejo, que rebasa los límites de la filosofía del Derecho, y en el que pueden estar implicadas cuestiones de filosofía política, sociología, historia, etc. Por otro lado, para el concepto de competencia sólo es relevante el concepto de autoridad subordinada, pues sólo las autoridades subordinadas, no las soberanas, son competentes, en el sentido de que su actuación (como creadores de normas jurídicas) está autorizada por una norma jurídica de competencia. Por todo ello, el tema de las autoridades soberanas no será analizado aquí.

Por otra parte, en un sentido amplio de la expresión, normas de competencia (*norms of competence*, *power-conferring rules, Ermächtigunsnormen*) son tanto las normas que conceden poderes privados y au-

torizan a realizar actos privados (contratos, testamentos, etc.), como aquellas que conceden poderes públicos y autorizan a crear normas jurídicas. Mas, en un sentido más estricto, sólo estas últimas son normas de competencia; además, sólo éstas son relevantes para el concepto de autoridad jurídica. En definitiva, serán consideradas normas de competencia las que regulan la competencia en materia de Derecho público, no en materia de Derecho privado.

El análisis del concepto de autoridad jurídica en su relación con el concepto de competencia plantea numerosas cuestiones interesantes, algunas de las cuales no están resueltas de forma satisfactoria por la doctrina mayoritaria. Citaremos a continuación dos ejemplos.

Si una norma de competencia instaura una autoridad jurídica, la doctrina estándar considera que dicha autoridad está subordinada a la autoridad jurídica que creó la norma de competencia. Sin embargo, ello no siempre es así; y no es difícil citar casos en que una autoridad jurídica crea una norma de competencia, para instaurar otra autoridad jurídica superior a ella misma.

Por otro lado, conforme a la concepción jerárquica del Derecho, las normas de competencia desempeñan una función crucial en el entramado jerárquico de los ordenamientos jurídicos. Y se piensa que las normas jurídicas de rango inferior han sido creadas por autoridades instauradas por normas de competencia de rango superior. Pero se olvida que hay muchos ejemplos de normas de rango inferior que pertenecen al Derecho en un momento determinado, por ejemplo, hoy, a pesar de que hace mucho tiempo que dejaron de pertenecer al Derecho las normas de competencia que autorizaron su creación.

Para la resolución de éstos y otros problemas, es indispensable resolver previamente dos cuestiones fundamentales: la identificación precisa de las normas de competencia y el análisis de dichas normas. Éstas serán las dos únicas cuestiones que serán examinadas aquí.

II. IDENTIFICACIÓN DE LAS NORMAS DE COMPETENCIA

El primer problema que plantean las normas de competencia es el de su identificación.

Denominaremos «normas de competencia» a aquellas normas jurídicas que presentan formas como las siguientes: «A está autorizado a regular la materia M», «A tiene competencia para M», «A puede dictar normas sobre la materia M», etc. Esta última es quizá la forma más frecuentemente utilizada; pues, como observan T. Eckhoff y N. Sundby, los legisladores acostumbran a formular normas jurídicas de competencia haciendo uso del verbo «poder» (1976, 104).

Estas normas de competencia no deben ser confundidas con las que podemos llamar «*normas de incompetencia*».

Las normas de competencia autorizan a una autoridad A a regular una materia determinada, eventualmente, siguiendo un procedimiento

determinado. En cambio, las normas de incompetencia son esas normas que restringen o niegan la competencia, en alguno de los diversos sentidos en que la competencia puede ser atribuida: en cuanto a la autoridad, en cuanto a la materia o en cuanto al procedimiento.

Normas de incompetencia, sólo en cuanto a la autoridad o sujeto, o bien sólo en cuanto a la materia, no existen en el Derecho público, sino únicamente en el Derecho privado. Son normas que limitan o niegan los poderes de los particulares, bien en cuanto a los sujetos (las normas que declaran a ciertos individuos incapaces para realizar negocios jurídicos de cualquier clase), bien en cuanto a la materia (las normas que excluyen que determinadas cosas puedan ser objeto de cualquier negocio jurídico).

En el Derecho público hay normas de incompetencia que simultáneamente se refieren a una autoridad y a una materia, y declaran incompetente a dicha autoridad en lo relativo a dicha materia (por ejemplo, declaran incompetente a la Administración para establecer delitos y penas). Y también hay, por otro lado, normas de incompetencia que niegan a una autoridad la competencia para regular una determinada materia siguiendo un procedimiento determinado.

Mas el problema reside en que, frecuentemente, un mismo enunciado jurídico tiene en parte sentido de norma de competencia y, en parte también, sentido de norma de incompetencia.

Quizá el caso más familiar de esta «unión», por así decirlo, en un mismo enunciado jurídico, de una norma de competencia y una norma de incompetencia, es el de las *reservas de ley*. Una reserva de ley es un enunciado jurídico que parcialmente tiene sentido de norma de competencia, en cuanto autoriza a un órgano o autoridad —el Parlamento— a regular una materia determinada; pero también tiene, en parte, sentido de norma de incompetencia, en cuanto que excluye que esa materia sea regulada por un órgano distinto del Parlamento.

O pensemos en un enunciado jurídico P, que establece que para adoptar acuerdos en la materia M se requiere la mayoría absoluta de los miembros del órgano O. P tiene sentido, parcialmente, de norma de competencia, en cuanto que autoriza al órgano O a adoptar acuerdos relativos a la materia M por mayoría absoluta de sus miembros; pero también tiene, por otro lado, sentido de norma de incompetencia, en cuanto que niega competencia al órgano O para adoptar acuerdos relativos a la materia M, si dichos acuerdos no son adoptados por la mayoría absoluta de sus miembros.

Las consideraciones que siguen van referidas exclusivamente a las normas de competencia. No se refieren a las normas de incompetencia, dado que éstas no son normas autorizantes (no son *Ermächtigunsnormen*, *rules conferring power*); ni tampoco se refieren a esos enunciados jurídicos, que en parte tienen sentido de norma de competencia y, en parte también, sentido de norma de incompetencia.

A este respecto, conviene hacer una advertencia. Frecuentemente se dice que las normas de competencia regulan o pueden regular tres as-

pectos de la competencia: la autoridad, la materia y el procedimiento. Sin embargo, es un hecho que casi todas las normas de competencia relativas a un procedimiento (un procedimiento para crear normas) no son normas de competencia, sino que tienen, a la vez, sentido de norma de incompetencia. Por esta razón, los ejemplos de normas de competencia que tomaremos en consideración son enunciados que regulan sólo la materia y la autoridad a la que se atribuye la competencia, pero no el procedimiento.

III. EL CONCEPTO DE «ANÁLISIS»

1. *Ambigüedad de la palabra «análisis»*

Una vez identificadas las normas de competencia, el paso siguiente es el de su «análisis».

A este respecto, la mayor dificultad consiste en que la palabra «análisis» es utilizada por los filósofos del Derecho «analíticos» para referirse a distintas actividades. Y es de importancia fundamental distinguir entre dichas actividades y comprender las relaciones existentes entre ellas, así como el orden o secuencia en que deben ser realizadas.

Al «analizar» las norma de competencia (al igual que al «analizar» las normas jurídicas de cualquier otro tipo), la primera actividad (primera en sentido cronológico) es o debería ser la actividad interpretativa, la *interpretación* de dichas normas. Pues el primer problema del «análisis» de las normas de competencia es el de su interpretación.

Cualquier otra actividad en el estudio de las normas de competencia es posterior a su interpretación. Pues la solución de cualquier otro problema relacionado con dichas normas dependerá de cómo éstas hayan sido interpretadas; cualquier tesis relativa a las normas de competencia ha de ser consecuencia de (o, al menos, ha de ser coherente con) la interpretación que se haya realizado de dichas normas.

Enseguida serán descritas esas otras actividades posteriores a la interpretación y que, al igual que ésta, forman parte del «análisis» de las normas jurídicas de competencia. Pero antes será abordado, en términos generales, el tema de la actividad interpretativa, tal como la practica la teoría general del Derecho analítica, y la diferencia entre esta interpretación y la realizada por la dogmática jurídica.

2. *La interpretación de la teoría general del derecho y la interpretación de la dogmática jurídica*

Tanto la teoría general del Derecho, como la dogmática jurídica, realizan interpretaciones de las normas jurídicas. La diferencia entre ambas actividades interpretativas radica en las partes o aspectos de las normas jurídicas sobre los que versa la interpretación: la dogmática jurídica interpreta las partes específicas (penales, mercantiles, etc.) de las normas

jurídicas, mientras que la teoría general del Derecho interpreta las partes o aspectos más genéricos de dichas normas.

Pensemos, por ejemplo, en dos normas jurídicas de competencia, una de las cuales autoriza a los ayuntamientos a establecer tributos, mientras que la otra autoriza al Gobierno a regular la circulación de vehículos por carretera. A la teoría general del Derecho le interesa únicamente la forma o esquema «A está autorizado a (tiene competencia para/puede) regular la materia M», común a las normas de competencia citadas, y común también, en general, a todas las normas jurídicas de competencia; le interesa poner de relieve cuál es el núcleo de sentido, el núcleo significativo, compartido por las normas jurídicas de competencia, haciendo abstracción de sus contenidos específicos, de esos aspectos que las diferencian. La interpretación de los otros aspectos de las normas jurídicas de competencia (el concepto de tributo, de vehículo o de carretera) corresponde a la dogmática jurídica.

3. *La filosofía del lenguaje jurídico*

Junto a la actividad interpretativa, la teoría general del Derecho desarrolla otra actividad consistente en analizar qué o cómo son las normas jurídicas, desde el punto de vista lingüístico: si son prescripciones o no; si son metalingüísticas o no; si son generales o individuales; si van dirigidas a los particulares o a los jueces, etc.

Esta actividad, consistente en analizar las normas jurídicas desde el punto de vista de la filosofía del lenguaje, es una *filosofía del lenguaje jurídico*. Y, respecto a ella, es preciso tener en cuenta, en primer lugar, que el análisis filosófico-lingüístico de las normas jurídicas es una actividad distinta de la interpretación de las normas jurídicas; y, en segundo lugar, que dicho análisis ha de ser siempre posterior a la actividad interpretativa, dado que es una abstracción a partir de la interpretación. Por ello, no se puede discutir acerca del tipo de discurso de las normas de competencia o acerca de cualquier otro aspecto de dichas normas, relevante para la filosofía del lenguaje jurídico, sin haber solventado previamente el problema de su interpretación.

En el apartado siguiente serán examinados los más conocidos análisis de las normas jurídicas de competencia. Dichos análisis son, en parte, interpretaciones de las normas jurídicas de competencia y, en parte, análisis filosófico-lingüísticos que se derivan de dichas interpretaciones.

IV. DIFERENTES ANÁLISIS DE LAS NORMAS JURÍDICAS DE COMPETENCIA

1. *La interpretación de las normas jurídicas de competencia en contexto*

Como tendremos ocasión de comprobar, H. Kelsen ha ofrecido, a lo largo de su vida, diversas doctrinas acerca de las normas jurídicas de

competencia. En una de ellas, Kelsen sostiene que las normas jurídicas de competencia no pueden ser interpretadas aisladamente, sino que han de ser interpretadas juntamente con las normas creadas en el ejercicio de la competencia.

Supongamos una norma jurídica de competencia NC, que dice lo siguiente: «Los ayuntamientos están autorizados a establecer tributos»; y supongamos una norma *n* establecida por un ayuntamiento, y que dice: «Los que no paguen el tributo *t* serán sancionados con la sanción *s*». Conforme a la doctrina de Kelsen que estamos exponiendo, es preciso interpretar conjuntamente la norma de competencia NC y la norma *n*, creada en el ejercicio de la competencia otorgada por NC. Y el sentido conjunto de ambas normas sería una nueva norma, a la que Kelsen atribuye el contenido siguiente: «Si los ayuntamientos están autorizados a establecer tributos y un ayuntamiento, regulando un tributo, establece que los que no paguen el tributo *t* serán sancionados con la sanción *s*, entonces los que no paguen el tributo *t* serán sancionados con la sanción *s*». Esta nueva norma, que parece contener, como parte de ella, la norma de competencia NC, es la auténtica norma jurídica, según Kelsen.

Así, y conforme a esta doctrina, la norma jurídica de competencia no es una norma jurídica propiamente dicha, esto es, no es un miembro del conjunto denominado «Derecho». Es, más bien, una parte o fragmento de una norma jurídica propiamente dicha (que es una norma dirigida a los jueces y relativa al ejercicio de la fuerza); es decir, es una parte de un miembro perteneciente al conjunto denominado «Derecho» (cf. Kelsen, 1932, 185; 1949, 143-144 [1979, 170]; 1960, 57-58 [1979, 69]).

Esta doctrina de Kelsen excluye la posibilidad de interpretar las normas jurídicas de competencia aisladamente; concretamente, excluye la posibilidad de interpretarlas al margen de las normas creadas en el ejercicio de la competencia. Por ello, de acuerdo con esta doctrina, si los órganos autorizados por una norma de competencia no hacen uso de la competencia que dicha norma les atribuye, no sería posible interpretar la norma en cuestión.

Esta consecuencia es, por sí sola, una razón suficiente para rechazar la doctrina de la cual se deduce. Pero hay, además, otros muchos argumentos en contra de dicha doctrina, especialmente, en contra de la consideración de las normas de competencia como fragmentos de normas jurídicas. Sin embargo, dichos argumentos no serán expuestos aquí, ya que han sido desarrollados en otros lugares (Hernández Marín, 1984, 34-36; 1989, 156-157), y porque, por otro lado, se trata de una doctrina que goza actualmente de escaso prestigio.

2. *La más famosa interpretación de las normas jurídicas de competencia*

(i) Exposición:

La interpretación más famosa de las normas jurídicas de competencia es aquella que dice que el enunciado «A está autorizado a regular la mate-

ria M» significa lo siguiente: «Es obligatorio cumplir (u obedecer) las normas procedentes de A, relativas a la materia M». Y así, por ejemplo, la norma de competencia NC, que dice: «Los ayuntamientos están autorizados a establecer tributos», significaría, de acuerdo con esta interpretación: «Es obligatorio cumplir (u obedecer) las normas procedentes de los ayuntamientos y que sean relativas a tributos».

Como se puede apreciar, se trata de una interpretación prescriptiva de las normas jurídicas de competencia, pues, conforme a ella, dichas normas son enunciados prescriptivos.

Ésta es, sin duda alguna, la interpretación de las normas de competencia más importante y extendida, dados la autoridad y el número de sus defensores, entre los cuales se encuentran los siguientes autores: Bucher (1965, 48), Cornides (1974, 145; 1976, 35), Hart (1983, 336), Kelsen (1968a, 1446 [1974, 410]; 1979, 83 y 210), Pattaro (1986, 512-513), Raz (1970, 166), Ross (1953, 45 [1970, 32]; 1968, 118 [1971, 113], Ruiter (1986, 486-487), Weinberger (1977, 120; 1978, 176 y 182; 1985, 101-102) y Ziembinski (1969, 117; 1976a, 301; 1976b, 174-176; 1982, 9).

Sorprende la presencia de Hart en esta lista, pues, como se sabe, una de las tesis centrales de Hart en *The Concept of Law* es que las normas de competencia (*power-conferring rules*) son diferentes de las normas que imponen deberes. Sin embargo, las palabras de Hart, en el pasaje que ha sido citado previamente, no pueden ser más claras:

> The simplest example of such power-conferring laws is a law conferring power upon an individual X (a monarch or a minister) to make laws or regulations. The law conferring such power in effect says «the laws which X enacts are to be obeyed»

(ii) Crítica:

La crítica a esta famosa interpretación de las normas jurídicas de competencia comienza con la siguiente pregunta: ¿qué ocurre si la norma o el enunciado creado en el ejercicio de la competencia no es una prescripción, sino, por ejemplo, un nombramiento, una definición o una disposición derogatoria? Sea, nuevamente, la norma jurídica de competencia que llamamos NC, que dice que los ayuntamientos están autorizados a establecer tributos; y supongamos también que, al establecer un tributo, un ayuntamiento formula un enunciado *d,* que es una definición, una definición de quiénes son los sujetos pasivos del tributo.

Puesto que sólo los enunciados prescriptivos pueden ser cumplidos (obedecidos) o violados (desobedecidos), y *d* no es un enunciado prescriptivo, *d* no puede ser cumplido. Mas NC, conforme a la interpretación que estamos analizando, ordena cumplir *d.* Luego, NC, conforme a dicha interpretación, ordena en este caso concreto algo absurdo. Con-

secuencia, por tanto, de esta interpretación de las normas jurídicas de competencia es que dichas normas contienen órdenes que, al menos parcialmente (en la medida en que se refieran a enunciados no prescriptivos), son absurdas.

Esta observación no representa por sí sola una objeción contra la interpretación de las normas de competencia que estamos considerando, ya que hay muchos enunciados jurídicos insensatos. Sin embargo, a los defensores de esta famosa interpretación de las normas de competencia no les parece que dichas normas ordenen cosas absurdas. A estos autores, como a todo el mundo, las normas de competencia les parecen disposiciones cabales. Pero, como acabamos de ver, la interpretación de las normas de competencia sugerida por los autores citados convierte dichos enunciados jurídicos en enunciados absurdos, al menos parcialmente. La objeción definitiva contra esta interpretación es, por ello, que la inclusión de dicha interpretación dentro de una doctrina (de una doctrina cualquiera, para la que las normas de competencia sean normas sensatas), hace a ésta incoherente.

3. *Las normas de competencia como normas que permiten crear normas jurídicas*

Quizá no tan extendida como la anterior, pero también digna de tener en cuenta, es la interpretación de las normas jurídicas de competencia como normas que permiten crear normas (jurídicas). Conforme a esta interpretación, el enunciado «A está autorizado a regular la materia M», significa «A puede dictar normas sobre la materia M». Esta interpretación ha sido defendida por Alchourrón y Bulygin (1971, 73 [1974, 119]), Opfermann (1977, 181), Weinberger (1978, 183) y, primeramente quizá, por Wright (1963, 192 [1979, 198]); aunque, posteriormente, Alchourrón y Bulygin la han abandonado (cf. Alchourrón y Bylygin, 1983, 40; Bulygin, 1992, 205-207).

En apoyo de esta interpretación se puede citar el hecho, ya señalado, de que el legislador suele formular normas de competencia haciendo uso del verbo «poder». Sin embargo, esta interpretación no hace más que retrasar el problema. Pues ¿qué significa el enunciado «A puede dictar normas sobre la materia M»?

Es posible que, para muchos autores, esta última expresión sea lo suficientemente diáfana como para no necesitar ninguna aclaración posterior. Sin embargo, parece evidente que la forma verbal «puede» no significa lo mismo en el enunciado que acaba de ser citado que en el enunciado «*Se puede* pescar», o en el enunciado «Las Cámaras *pueden* reclamar la presencia de los miembros del Gobierno». Por esta razón, la interpretación que estamos analizando ahora no describe satisfactoriamente el sentido de las normas jurídicas de competencia: es una interpretación que necesita a su vez ser interpretada.

4. *Las normas de competencia como enunciados que establecen las condiciones necesarias para que un enunciado sea jurídico*

(i) Exposición:

En las obras de Kelsen y de Ross hallamos interpretaciones de las normas de competencia, según las cuales las normas jurídicas de competencia son enunciados que «prescriben» cómo han de ser creados enunciados jurídicos, o determinan las condiciones necesarias para que un enunciado sea válido o jurídico (Kelsen, 1968b, 1978; 1979, 207; Ross, 1959, 10 [1969, 89]; 1968, 96, 130 y 131 [1971, 93 y 123]).

Conforme a estas interpretaciones, una norma jurídica de competencia es un enunciado que califica como no jurídicos los enunciados que no reúnan determinados requisitos, más concretamente, los enunciados que no procedan de un órgano determinado o que no versen sobre una determinada materia.

Tomemos como ejemplo, de nuevo, la norma jurídica de competencia NC, que autoriza a los ayuntamientos a establecer tributos. Según la interpretación que examinamos, para que un enunciado sea, según NC, jurídico, es necesario que proceda de un ayuntamiento y que establezca un tributo. O, dicho de otro modo: conforme a la citada interpretación, el sentido de NC es que los enunciados que no procedan de los ayuntamientos o que no establezcan tributos son no jurídicos.

(ii) Crítica:

Según la interpretación anterior de la norma jurídica de competencia NC, tendríamos que decir que cualquier enunciado procedente del Parlamento o del Gobierno es, según NC, no jurídico; y que cualquier enunciado que no establezca un tributo también es, según NC, no jurídico.

Parece obvio que esta interpretación de las normas jurídicas de competencia es incorrecta. Estas normas jurídicas no son entendidas de ese modo.

5. *Las normas de competencia como enunciados que establecen una condición suficiente para que un enunciado sea jurídico*

(i) Interpretación

a) Interpretación de normas jurídicas de competencia

Hemos observado anteriormente que las normas jurídicas de competencia son normas jurídicas que autorizan la creación de normas jurídicas. Por ello, el enunciado «A está autorizado a regular la materia M» puede ser precisado de la siguiente manera: «A está autorizado a crear normas jurídicas sobre la materia M».

Esa autorización para crear normas jurídicas, que una norma jurídica de competencia concede a A, se entiende como un «poder». A es una autoridad precisamente por detentar ese «poder», que le confiere la norma de competencia, la *rule conferring power*. Por esta razón, el último enunciado citado puede ser interpretado de la siguiente manera: «A tiene el poder de crear normas jurídicas sobre la materia M».

Y este enunciado significa que las normas creadas por A relativas a la materia M tienen la propiedad de ser jurídicas. En definitiva, el enunciado «A está autorizado a regular la materia M» significa lo siguiente: «Las normas creadas por A y relativas a la materia M son jurídicas».

Esta interpretación también es sostenida por Carcaterra (1992, 134), al escribir que conferir un poder normativo a un sujeto significa simplemente disponer la validez de todas las normas procedentes de dicho sujeto.

En consecuencia, la norma jurídica de competencia N, que dice: «Los ayuntamientos están autorizados a establecer tributos», significa lo siguiente: «Las normas creadas por los Ayuntamientos en materia tributaria son jurídicas».

b) Confrontación

La interpretación de las normas jurídicas de competencia que acaba de ser expuesta no tropieza con ninguna de las dificultades detectadas en las interpretaciones que han sido examinadas previamente:

1) Conforme a dicha interpretación, las normas jurídicas de competencia pueden ser interpretadas aisladamente, con independencia de cualquier otra norma.

2) No surge ningún problema en el caso de que, en el ejercicio de la competencia, la autoridad A cree un enunciado no prescriptivo. Conforme a la interpretación propuesta, la norma de competencia califica como jurídicos los enunciados procedentes de A, cualquiera que sea su naturaleza semántica; y no hay en ello ninguna circunstancia extraña, que exija ser explicada.

3) La interpretación propuesta, a diferencia de la interpretación en términos de «puede», es clara, y no necesita ninguna aclaración o interpretación suplementaria.

4) Conforme a la interpretación propuesta, las normas de competencia establecen, no una condición necesaria, sino una condición suficiente, para que un enunciado sea jurídico.

La confusión entre una cosa y otra halla su explicación en un hecho, que ya ha sido señalado anteriormente. Hay enunciados jurídicos que establecen el procedimiento que debe seguir un órgano para crear normas en una materia determinada; y, como ya se ha dicho, casi todos estos enunciados son ambiguos.

Parcialmente, son normas de incompetencia, puesto que excluyen la posibilidad de que el órgano cree normas sobre dicha materia mediante un procedimiento distinto al señalado. En esta medida, dichos enunciados jurídicos establecen, efectivamente, una condición necesaria para que un enunciado sea jurídico; pues, en parte, dichos enunciados significan, por ejemplo: «Las normas procedentes de A y relativas a la materia M, si no han sido creadas por el procedimiento P, no son jurídicas». Pero, a la vez, dichos enunciados tienen sentido de norma de competencia, puesto que también significan: «Las normas procedentes de A, relativas a la materia M y que hayan sido creadas por el procedimiento P, son jurídicas».

Por esta razón, el error en la interpretación que hemos examinado en último lugar, debida a Kelsen y Ross, se puede expresar de la siguiente manera: al hablar de las normas de competencia, Kelsen y Ross están pensando en unas normas que en parte, pero sólo en parte, tienen sentido de normas de competencia; pues dichas normas también tienen sentido, parcialmente, de normas de incompetencia. Y, al final, acaban interpretando las normas de competencia como normas de incompetencia.

c) Interpretación de normas de competencia no jurídicas

La interpretación de las normas jurídicas de competencia que ha sido propuesta puede ser trasladada a normas de competencia no jurídicas.

Supongamos que en el ordenamiento R de una secta religiosa hay una norma de competencia que autoriza a A, una autoridad religiosa, a dictar normas sobre la materia M. El sentido de esta norma de competencia, perteneciente a R, sería que las normas creadas por A y relativas a la materia M, pertenecen a R.

En conclusión, y generalizando, se puede decir que una norma de competencia, perteneciente a un ordenamiento O, califica las normas procedentes de una determinada autoridad y relativas a una determinada materia, como pertenecientes al mismo ordenamiento O, al que pertenece la norma de competencia.

(ii) Análisis filosófico-lingüístico

a) Nivel lingüístico de las normas de competencia

Conforme a la interpretación de las normas de competencia que ha sido propuesta, las normas de competencia son enunciados metalingüísticos, puesto que se refieren a normas, las cuales son entidades lingüísticas.

Todos los análisis que hemos examinado, a excepción del primero de ellos, debido a Kelsen (esto es, a excepción del análisis de las normas de competencia como fragmentos de normas jurídicas), coinciden en este aspecto del análisis filosófico-lingüístico de las normas de com-

petencia. Por ello, Wright califica las normas de competencia como normas de orden superior, como normas acerca de normas.

b) Tipo de discurso de las normas de competencia

1) *Las normas de competencia como enunciados cualificatorios*

De todos los aspectos de las normas de competencia, relevantes para la filosofía del lenguaje jurídico, el más debatido es, sin duda alguna, el relativo a su tipo de discurso.

De la interpretación de las normas jurídicas de competencia que ha sido propuesta, se deduce que las normas de competencia no son ni fragmentos de enunciados prescriptivos, ni prescripciones en sentido estricto, ni prescripciones en sentido amplio, esto es, normas permisivas. Las normas de competencia son, dicho en términos de Bulygin, «*reglas conceptuales*» (1992, 215) o, como también podemos decir, *enunciados cualificatorios*. (Sin embargo, no parece justificado tachar negativamente, como hace Bulygin, de «reductivistas» a aquellas doctrinas que sostienen que las normas jurídicas de competencia son prescripciones; pues tan «reductivista» es clasificar las normas de competencia entre las prescripciones, como incluirlas entre las reglas conceptuales o los enunciados cualificatorios. En realidad, en ninguno de los dos casos se trata de una reducción, de una simplificación forzada, sino de análisis filosófico-lingüísticos distintos.)

También en esa interpretación de las normas de competencia, debida a Kelsen y Ross, como normas de incompetencia, las normas de competencia son reglas conceptuales o enunciados cualificatorios. Pero, conforme a dicha interpretación, la calificación contenida en las normas de competencia es la de ser no jurídico; mientras que, en la interpretación que ha sido propuesta, la calificación contenida en las normas de competencia es la de ser jurídico.

El autor noruego N. K. Sundby también ha afirmado que las normas de competencia son «normas cualificatorias», incluso el prototipo de normas jurídicas cualificatorias. Sundby se aproxima además a la tesis aquí defendida, al sostener que la calificación contenida en la consecuencia de las normas jurídicas de competencia es la de ser «válido»; pues, en uno de los sentidos de ese adjetivo, y aplicado a enunciados, ser válido equivale a ser jurídico. Sin embargo, Sundby duda acerca de si las cosas a las que se refieren los supuestos de hecho de las normas de competencia, y que éstas califican como válidas, son actos, normas o personas (Sundby, 1974, 35, 78, 80, 99, 308 ss, 387; cf. también Eckhoff y Sundby, 1976, 61, 86, 93 n.16, 101 ss, 122).

De acuerdo con la interpretación que ha sido propuesta, las cosas a las que se refieren los supuestos de hecho de las normas jurídicas de competencia son enunciados; enunciados que reúnan determinadas características: que procedan de una autoridad u órgano determinado y que versen sobre una determinada materia (eventualmente, siguiendo

un cierto procedimiento). Y a estos enunciados, a los que se refieren los supuestos de hecho de las normas jurídicas de competencia, las consecuencias de dichas normas atribuyen la calificación de ser válidos o jurídicos.

Las normas jurídicas de competencia son, pues, similares al enunciado jurídico que califica ciertos objetos como bienes inmuebles o al que califica ciertos objetos como personas jurídicas.

2) Consecuencias

La consecuencia más importante que se deduce del análisis de las normas de competencia como enunciados cualificatorios consiste en que una norma de competencia, al igual que cualquier otro enunciado cualificatorio, no puede ser obedecida ni violada.

Tomemos como ejemplo, nuevamente, la norma jurídica NC, que atribuye competencia a los ayuntamientos para establecer tributos.

Si un ayuntamiento formula un enunciado *n*, que establece o regula un tributo, no diremos que el ayuntamiento *ha actuado en conformidad con NC*, ni que el ayuntamiento *ha obedecido o aplicado NC*, como decían los representantes de la Escuela de Viena, Merkl (1923, 217-218, 238; 1968, 1342-1343) y Kelsen (1949, 133-134, [1979, 157-158]; 1960, 212, 236-237, 240-241 [1979, 217, 240, 242, 244-245]; 1966, 233-234, 250 [1979, 305, 327]). Todo lo que diremos es que, según NC, dicho enunciado *n* es válido o jurídico.

El caso contrario que puede presentarse es que el enunciado *n* o bien *a*) procede de un ayuntamiento, pero no establece un tributo, o bien *b*) establece un tributo, pero no procede de un ayuntamiento, o bien *c*) ni procede de un ayuntamiento, ni establece un tributo. En cualquiera de estos tres subcasos tampoco diremos que la norma de competencia ha sido violada o infringida. Nos limitaremos simplemente a negar la afirmación realizada en el supuesto contrario, esto es, nos limitaremos a decir: no es el caso de que según la norma jurídica de competencia NC dicho enunciado *n* sea válido o jurídico. Afirmación que no excluye la posibilidad de que, de acuerdo con otra norma jurídica de competencia, distinta de NC, dicho enunciado *n* sea válido o jurídico.

Por ejemplo, si *n* es una norma creada por el Gobierno y relativa a la salud pública, tendremos que decir que no es el caso de que *n* sea válida o jurídica según NC. Pero no diremos que NC ha sido violada, ni que *n* es inválida según NC, ni excluiremos la posibilidad de que *n* sea válida o jurídica, conforme a otra norma jurídica de competencia, distinta de NC.

Y lo mismo sucede en el caso de que *n* sea una norma formulada por un particular y sobre una materia cualquiera. No diremos que NC ha sido violada, ni que *n* es inválida según NC, ni excluiremos sin más la posibilidad de que *n* sea válida o jurídica, conforme a otra norma jurídica de competencia, distinta de NC. Pero ahora, al observar que no existe ninguna otra norma jurídica de competencia que autorice *n*, sí

excluiremos dicha posibilidad, y negaremos que *n* sea válida o jurídica, conforme a cualquier norma jurídica de competencia.

BIBLIOGRAFÍA

Alchourrón, C. E. y Bulygin, E. (1971), *Normative Systems*, Springer, Wien-New York; v. e. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1974.
Alchourrón, C. E. y Bulygin, E. (1983), «Definiciones y normas», en E. Bulygin *et al.* (comps.), *El lenguaje del Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 11-42.
Bucher, E. (1965), *Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen.
Bulyigin, E. (1992), «On Norms of Competence»: *Law and Philosophy 11*, 201-216.
Carcaterra, G. (1992), *Lezioni di filosofia del diritto. Norme giuridiche e valori etici*, Bulzoni, Roma.
Cornides, Th. (1974), *Ordinale Deontik*, Springer, Wien-New York.
Cornides, Th. (1976), «Arbeitsteilige Normensysteme und ihre Bedeutung für die Rechtstheorie», en J. Mokre y O. Weinberger (comps.), *Rechtsphilosophie und Gesetzgebung,* Springer, Wien-New York, 14-43.
Eckhoff, T. y Sundby, N. K. (1976), *Rettssystemer*, Tanum-Norli, Oslo.
Hart, H. L. A. (1983), «Kelsen's Doctrine of the Unity of Law» (1968), en Id., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon, Oxford, 309-342.
Hernández Marín, R. (1984), *El Derecho como dogma,* Tecnos, Madrid.
Hernández Marín, R. (1989), *Teoría general del Derecho y de la ciencia jurídica*, PPU, Barcelona.
Kelsen, H. (1932), «Théorie génerale du Droit International Public. Problèms choisis»: *Académie de Droit International. Recueil des Cours IV,* 117-351.
Kelsen, H. (1949), *General Theory of Law and State* (1945), A. Wedberg (trad.), Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts; v. e. *Teoría general del Derecho y del Estado,* E. García Máynez (trad.), Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1979.
Kelsen, H. ^{2}(1960), *Reine Rechtslehre*, Franz Deuticke, Wien; v. e. *Teoría pura del derecho,* R. Vernengo (trad.), Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1979.
Kelsen, H. (1966), *Allgemeine Staatslehre* (1925), Dr. Max Gehlen, Bad Homburg v.d. Höhe, Berlin-Zurich; v. e. *Teoría general del Estado,* L. Legaz y Lacambra (trad.), Editora Nacional, México, 1979.
Kelsen, H. (1968a), «Die Selbstbestimmung des Rechts» (1963), en H. Klecatsky, R. Marcic y H. Schambeck (eds.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, Europa, Wien, Frankfurt, Zurich, Anton Pustet, Salzburg-München, 1445-1453 ; v. e. «La autodeterminación del Derecho», R. Azpurúa Ayala (trad.): *Revista de ciencias sociales. Hans Kelsen (1881-1973), diciembre 1974*, 409-417.
Kelsen, H. (1968b), «Die Funktion der Verfassung» (1964), en H. Klecatsky, R. Marcic y H. Schambeck (eds.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule*,

Europa, Wien, Fankfurt, Zurich, Anton Pustet, Salzburg-München, 1971-1979.
Kelsen, H. (1979), *Allgemeine Theorie der Normen,* K. Ringhofer y R. Walter (eds.), Manz, Wien.
Merkl, A. J. (1923), *Die Lehre von der Rechtskraft,* Franz Deuticke, Leipzig-Wien.
Merkl, A. J. (1968), «Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues» (1931), en H. Klecatsky, R. Marcic y H. Schambeck (eds.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, Europa, Wien, Frankfurt, Zurich, Anton Pustet, Salzburg-München, 1311-1361.
Opfermann, W. (1977), «Sull'interpretazione dei metaoperatori logicinormativi», en G. di Bernardo (cur.), *Logica deontica e semantica*, il Mulino, Bologna, 167-195.
Pattaro, E. (1986), «Contributo al seminario "Se la lógica si applichi alle norme"»: *Materiali per una storia della cultura giuridica XVI/2,* 511-519.
Raz, J. (1970), *The Concept of a Legal System,* Clarendon, Oxford.
Ross, A. (1953), *Om ret og retfaerdighed*, Nyt Nordisk Forlag, Arnold Busck, Kobenhavn; v. e. *Sobre el Derecho y la Justicia*, G. R. Carrió (trad.), Eudeba, Buenos Aires, 1963.
Ross, A. (1959), «Om begreverne "stat" og "statsorgan" i statsforfatningsretten», en Id., *Statsretlige Studier*, Nyt Nordiks Forlag, Arnold Busck, Kobenhvn, 7-22 ; v. e. «Sobre los conceptos "Estado" y "órgano del Estado" en derecho constitucional», E. A. Vázquez (trad.), en Id., *El concepto de validez y otros ensayos*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1969, 83-106.
Ross, A. (1968), *Directives and Norms*, Routledge & Kegan Paul, London; v. e. *Lógica de las normas*, J. S. P. Hierro (trad.), Tecnos, Madrid, 1971.
Ruiter, D. W. (1986), «Eine rechtstheoretisch fundierte Typologie gesetzlicher Rechtsnormen»: *Rechtstheorie 17,* 478-500.
Sundby, N. K. (1974), *Om normer*, Universitetsforlaget, Oslo, Bergen, Tromso.
Weinberger, O. (1977), «Logica delle norme e domini logici», en G. di Bernardo (cur.), *Logica deontica e semantica*, il Mulino, Bologna, 95-146.
Weinberger, O. (1978), «Die normenlogische Basis der Rechtsdynamik», en U. Klug *et al.* (eds.), *Gesetzgebungstheorie, Juristische Logik, Zivil und Prozessrecht,* Springer, Heidelberg-New York-Berlin, 173-190.
Weinberger, O. (1985), «Intervención en discusión», en G. Kalinowski y F. Selvaggi (eds.), *Les fondementes logiques de la pensée normative,* Editrice Pontificia Università Gregoriana, Roma, 101-102.
Wright, G. H. von (1963), *Norm and Action*, Routledge & Kegan Paul, London; v. e. *Norma y acción*, P. García Ferrero (trad.), Tecnos, Madrid, 1979.
Ziembinski, Z. (1969), «Lawyers' Reasonings Based on the Instrumental Nexus of Legal Norms», en Ch. Perrelman (ed.), *Ètudes de logique juridique III*, Èmilie Bruyalnt, Bruxelles, 112-120.
Ziembinski, Z. (1976a), *Practical Logic*, D. Reidel, Dordrecht, Holland; Boston, USA; PWN-Polish Scientific Publishers, Warszawa.
Ziembinski, Z. (1976b), «On So-Called "Permissive Norms"»: *Archivum iuridicum cracoviense IX*, 169-178.
Ziembinski, Z. (1982), «Les méthodes d'analyse du rapport juridique»: *Archivum iuridicum cracoviense XIV-XV*, 517.

NORMA JURÍDICA

Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin

I. INTRODUCCIÓN

El concepto de norma jurídica ocupa un lugar central en la ciencia y en la filosofía del derecho. En una concepción muy difundida entre los juristas y los filósofos del derecho, el orden jurídico es concebido como un conjunto de normas. Los autores no siempre están de acuerdo sobre cómo han de ser caracterizadas esas normas, cuántos tipos diferentes de normas hay en el derecho, ni tampoco en qué consiste el carácter *jurídico* de tales normas, pero coinciden en que el concepto de norma constituye la base para la caracterización y descripción del derecho.

Aunque en el pasado no faltaron autores que negaban que el derecho pueda ser considerado como conjunto de normas (pertenecen a esta categoría, sobre todo, las llamadas escuelas realistas, para las cuales el derecho es básicamente conducta), la concepción normativista gozaba hasta hace muy poco de amplia aceptación, lo que justifica que se la adopte como punto de partida para nuestro análisis. Sin embargo, en los últimos tiempos ha surgido una poderosa tendencia que propone sustituir las normas como últimos componentes del derecho por las razones para actuar. Según sus partidarios, entre los cuales cabe destacar a Raz, Nino y Bayón[1], esta concepción ofrece considerables ventajas respecto del normativismo. No podemos dejar de considerar la teoría de las razones para la acción para tratar de elucidar si se trata realmente de una concepción tan novedosa y cuáles son las ventajas que ofrece.

En consecuencia, este artículo tendrá el siguiente desarrollo: en primer lugar daremos una breve caracterización del concepto de norma en general y de las normas jurídicas en particular (sección II). La sección

1. Cf. Raz, 1975; Nino, 1985; y Bayón, 1991.

III será dedicada a la elucidación de los conceptos de existencia de las normas y al análisis de algunas propiedades que se suele predicar de ellas. En la sección IV analizaremos los elementos constitutivos de los sistemas jurídicos y haremos algunos comentarios sobre los distintos tipos de normas que aparecen en el derecho. En la sección V distinguiremos entre normas y proposiciones normativas, que si bien acusan cierta semejanza con las primeras —sobre todo en su expresión lingüística— no deben ser confundidas con ellas. Por último, discutiremos la teoría que pretende explicar la noción de norma en términos de razones para la acción (sección VI).

II. EL CONCEPTO DE NORMA

No hay coincidencia entre los filósofos del derecho sobre el *status* ontológico de las normas. Distintos autores las caracterizan de distinta manera. Así, por ejemplo, para Kelsen (1960) las normas son sentidos de actos de voluntad dirigidos a la conducta de otros, para Ross (1958) son directivas, y para Hart (1961), prácticas sociales.

Cualquiera sea la posición ontológica que se adopte respecto de las normas, es indudable la estrecha vinculación entre las normas y el lenguaje. Las normas sólo pueden ser expresadas mediante algún lenguaje. Una manera de concebir las normas es caracterizarlas como significados de expresiones lingüísticas usadas para prescribir, es decir, para calificar como prohibidas, obligatorias o permitidas ciertas conductas o estados de cosas resultantes de ellas (en otro lugar hemos denominado hilética a esta concepción de las normas[2]). En consecuencia, vamos a distinguir entre la formulación de norma como una expresión lingüística y la norma como significado de esa expresión[3]. De ahí resulta que dos formulaciones diferentes pueden expresar la misma norma, como ocurriría con las expresiones «Prohibido fumar» y «No permitido fumar», y también que la misma formulación normativa puede ser usada para expresar diferentes normas. Cabe observar que los juristas tienden a identificar las normas con su formulación lingüística. Así, se considera generalmente que un artículo de una ley o de un código expresa la misma norma mientras su texto no haya sido modificado por el legislador, aunque en momentos temporales distintos se lo interprete de manera muy diferente. De este modo puede suceder que en un momento una acción puede estar prohibida y, en otro, permitida por la misma norma. Por ejemplo, la ley que declara inembargables los bienes indispensables para el uso del deudor, ¿ha cambiado cuando cambió su in-

2. Cf. Alchourrón, Bulygin, 1981.

3. Si bien von Wright señala cierto paralelismo entre oración y proposición, por un lado, y la formulación normativa y la norma, por el otro, considera que las normas no son significados (sentidos o referencias) de las formulaciones normativas. Cf. von Wright, 1963, pp. 93-94.

terpretación de tal modo que los objetos que hace algunos años se consideraban no indispensables, ahora lo son? Suena paradójico decir que la *misma* norma permitía el embargo de un televisor hace algunos años y ahora lo prohíbe. Parece más razonable aceptar que se trata de dos normas distintas y que, por lo tanto, un cambio en la interpretación de un texto legal tiene por efecto el cambio de la norma expresada en ese texto.

Es por estas razones que adoptamos esta segunda variante y, por consiguiente, identificamos las normas con los significados de las expresiones lingüísticas y no con estas últimas. Esto significa que sólo se puede hablar de normas una vez que se haya interpretado de una manera unívoca las formulaciones normativas.

Es importante tener presente que los problemas estructurales de los sistemas jurídicos, tales como el de conflictos normativos (consistencia) o el de las lagunas del derecho (completitud) sólo pueden ser planteados en el nivel de las normas, es decir, de las expresiones interpretadas y, por lo tanto, dotadas de un significado definido. Esto ocurre porque estos problemas suponen la existencia de relaciones lógicas (relaciones de contradicción y consecuencia o implicación) entre los elementos de un sistema jurídico y tales relaciones no se dan entre formulaciones normativas, las que —cuando son susceptibles de diferentes interpretaciones, cosa que ocurre casi siempre— pueden expresar diversas normas. (Más de una vez se ha cuestionado también la existencia de relaciones lógicas entre normas[4]. Nosotros creemos que hay razones para una respuesta positiva a este interrogante, pero este problema no puede ser analizado en el marco del presente trabajo[5].

Cabe preguntarse si existe alguna característica específica de las normas jurídicas que permita distinguirlas de otros tipos de normas, tales como normas morales, religiosas, convenciones sociales, etc. Los juristas han realizado no pocos esfuerzos para identificar esa característica distintiva, pero estos esfuerzos no pueden considerarse como exitosos. En este sentido son especialmente instructivos los intentos de Hans Kelsen. Kelsen, siguiendo una tradición venerable, caracteriza el derecho como el conjunto de aquellas normas que regulan el uso de la fuerza en la sociedad. Esto parece ser muy razonable. Pero luego intenta trasladar esta caracterización del derecho a cada una de sus normas, y define así la norma jurídica como una norma que establece una sanción coercitiva. Esto ya es mucho menos razonable, pues conduce a una distorsión enorme: son muy pocas las normas jurídicas que cumplen esta condición. El ejemplo típico lo constituyen los artículos de la parte especial del código penal, el resto de las normas —salvo raras excepciones— no establecen

4. Cf. von Wright, 1991.

5. Para las razones en que se basa esa creencia, cf. Alchourrón y Martino, 1990; y Alchourrón, 1994.

sanciones. Esto condujo a Kelsen (en su primera época) a declararlas normas incompletas, con la consecuencia, seguramente no deseada y ciertamente no deseable, de que resulta casi imposible encontrar un ejemplo de norma completa usando el criterio de Kelsen. Al final de su vida, Kelsen introdujo la teoría de norma no independiente[6], según la cual las normas que no establecen sanciones no son partes de otras normas; son normas completas, pero su carácter jurídico depende del hecho de que estén en conexión esencial con normas sancionadoras. No parece claro en qué consiste esta conexión, pero la interpretación más sensata que recoge una sugerencia de Hart parece ser ésta: el derecho regula el ejercicio de la fuerza en la sociedad; por lo tanto, debe contener (al menos algunas) normas que establecen sanciones. Las demás normas son jurídicas en la medida en que pertenecen al sistema jurídico, sean o no normas sancionadoras. Esto implica definir el derecho en el nivel del orden jurídico y no en el nivel de cada una de sus normas[7].

III. EXISTENCIA DE LAS NORMAS

Así como no hay acuerdo entre los filósofos del derecho acerca del *status* ontológico de las normas, el término «existencia», cuando es aplicado a las normas, dista mucho de ser unívoco. Por consiguiente, cabe distinguir varios conceptos de existencia; nos van a interesar en particular cuatro de ellos.

a) *Existencia como vigencia*. Frecuentemente se habla de una norma vigente o real en contraposición a normas meramente pensadas o imaginadas. En este sentido, una norma existe cuando tiene algún tipo de realidad, es decir, cuando hay ciertos hechos que corresponden con esa norma. Cuando se trata de normas sociales, su existencia real o fáctica consiste en que la norma está en vigor, es decir, es de hecho usada, obedecida, aplicada o reconocida si no por todos, al menos por una parte importante de los integrantes del grupo social en cuestión.

Distintos autores explican de manera diferente el concepto de realidad o existencia fáctica de las normas. Así, por ejemplo, Kelsen habla de

6. Kelsen, 1960, 56-59.

7. Alchourrón-Bulygin, 1975, pp. 103-107. En un reciente trabajo inédito dos autores uruguayos se han encargado de demostrar que la definición de las partes (normas jurídicas) en función de la totalidad (orden jurídico) no es viable. La razón es muy sencilla: la clase universal de normas cumple con la condición exigida, pues contiene normas sancionadoras y es, por lo tanto, un sistema jurídico y como todas las normas pertenecen a la clase universal, se sigue que todas las normas son normas jurídicas. Cfr. Gerardo Caffera y Andrés Mariño, «La definición del concepto de norma jurídica por referencia al sistema de pertenencia. Objeciones a partir del problema de definiciones impredicativas en Russell y Goedel». Esto impide definir el orden jurídico como cualquier conjunto de enunciados que contiene normas sancionadoras y obliga a acotar la noción de orden jurídico mediante estipulaciones adicionales.

la *eficacia* de las normas; una norma es eficaz cuando es obedecida por los sujetos jurídicos o aplicada por las autoridades jurídicas. Alf Ross usa el término «vigencia»[8]: una norma jurídica es vigente cuando cabe predecir que será aplicada por los jueces para justificar sus decisiones. Hart recurre al concepto de aceptación de la norma como pauta de comportamiento por el grupo social. Esta aceptación implica que los miembros del grupo adoptan un punto de vista interno respecto de esa norma: consideran justificadas las conductas conformes a la norma y justificada también la reacción crítica contra los que la violan.

Nosotros adoptaremos el término «vigencia» para referirnos a la existencia fáctica, dejando abierta la cuestión de su ulterior especificación.

Dado que decir que una norma está vigente o existe (en este sentido fáctico de «existir») en una sociedad es afirmar un hecho, es claro que el concepto de vigencia es descriptivo. Además es relativo (a un grupo social y un momento temporal determinado) y gradual, en el sentido de que admite mayor o menor grado de vigencia (cuando se trata de una norma general): una norma puede ser más o menos aceptada, más o menos eficaz.

b) *Existencia como pertenencia*. El término «existencia» se usa frecuentemente en un sentido diferente, entendiendo por existencia la pertenencia de una norma a un sistema u orden jurídico. Por lo general, los juristas usan un criterio genético de pertenencia: una norma pertenece a un sistema debido a su origen. Así, se considera que una norma pertenece o forma parte de un orden jurídico si ha sido creada (y no derogada) por una autoridad competente. Frecuentemente se usa el término «validez» para referirse a este sentido de existencia[9].

También este concepto de existencia es descriptivo: el que una norma pertenezca a un determinado orden es un hecho (aunque no se trate de un hecho físico). Además, es también relativo, tanto al sistema, como al momento temporal, pues una norma puede pertenecer a un sistema y no al otro, y puede pertenecer en un momento y dejar de pertenecer en otro. Pero esta noción de existencia no es gradual: una norma pertenece o no a un sistema.

Los dos conceptos de existencia que hemos distinguido hasta ahora son independientes: una norma puede pertenecer a un orden jurídico sin estar vigente y, viceversa, una norma puede estar vigente sin formar parte de un orden jurídico.

c) *Existencia como validez normativa*. Algunos autores, por ejemplo, Nino y Raz, usan un concepto normativo de existencia: una nor-

8. En la edición inglesa de *On Law and Justice* se usa el término *valid law* para referirse a dos conceptos distintos que en el original danés son designados por las expresiones *gyldig ret* y *gaeldende ret*. Esto ha dado origen a no pocas confusiones. En la traducción castellana de Genaro R. Carrió se distingue correctamente entre «validez» y «vigencia».

9. Cf. von Wright, 1963, 194 ss. También Kelsen usa, a veces, el término «validez» en este sentido.

ma existe cuando es obligatoria, es decir, cuando el o los destinatarios de la norma tienen la obligación de cumplirla. Esto ocurre cuando la norma logra establecer la obligación que prescribe, lo cual implica que la norma está justificada[10]. Para referirse a este concepto se usa a menudo también el término «validez». (Según Nino[11], éste es el significado central de «validez» en Kelsen; cabe observar, sin embargo, que Kelsen, a diferencia de Nino, usa «validez» en forma notoriamente ambigua para referirse tanto a la pertenencia como a la obligatoriedad.)

Este concepto es *normativo* porque predicar validez (en este sentido) de una norma no es describir un hecho, sino prescribir la obligación de obedecerla. Y además no es relativo porque se trata de una cualidad y no de una relación.

d) *Existencia como formulación.* Cabe distinguir un cuarto sentido de existencia: una norma puede existir sin ser vigente, ni obligatoria y sin pertenecer a un orden jurídico. Un ejemplo típico son los proyectos de leyes que contienen normas que no son vigentes ni obligatorias y (mientras no hayan sido promulgadas) no forman parte del orden jurídico. Sin embargo, no cabe duda de que en algún sentido tales normas existen. Para existir en este sentido amplio basta que la norma o bien haya sido formulada seriamente, es decir, con propósitos prescriptivos por alguien (no necesariamente por una autoridad competente), o bien sea consecuencia lógica de una norma así formulada.

Esta noción de existencia es la más general y básica de las que hemos distinguido aquí[12]. También este concepto de existencia es no relacional, pero, a diferencia del anterior, es descriptivo (decir que una norma existe en este sentido es describir un hecho, el hecho de que la norma haya sido expresa o tácitamente formulada).

Los cuatro conceptos de existencia que hemos distinguido no son, por cierto, incompatibles: una norma jurídica puede existir en los cuatro sentidos o sólo en algunos de ellos.

IV. TIPOS DE NORMAS JURÍDICAS

Concebir el derecho como un conjunto de normas no implica necesariamente que este conjunto esté compuesto exclusivamente de normas. Además de las normas, puede haber otros tipos de enunciados que, si bien no expresan normas, suelen tener efectos normativos.

10. Cf. Nino, 1985, 8 y Raz, 1979, 122-145.
11. Cf. Nino, 1985, cap. 1.
12. Cabe hablar de una noción de existencia aún más general; si la norma es definida como el significado de una expresión prescriptiva, los significados como entidades abstractas tienen una existencia independente de su formulación lingüística.

Un ejemplo de enunciados que no son (o no expresan) normas son las definiciones. Cuando una ley dice que son menores de edad los que no han cumplido 18 años, no crea ninguna obligación, no prohíbe ni permite nada. Simplemente define el significado de la expresión «menor de edad». Ciertamente, esta definición tiene relevancia jurídica, pero esto ocurre porque hay otras normas que establecen prohibiciones, obligaciones y permisos para los menores de edad. Cuando este tipo de definiciones figuran dentro de un texto legal o un código, los juristas suelen llamarlas normas. Es importante, sin embargo, tener presente que no se trata de normas de conducta que prescriben (ordenan, prohíben o permiten) ciertas acciones o actividades, sino de reglas conceptuales que determinan o definen un concepto[13].

Tampoco son normas las disposiciones derogatorias. Un artículo de una ley que dispone «Derógase la ley tal» no establece ninguna prohibición, ni permisión, aunque tenga efectos normativos, ya que al derogar la ley en cuestión, las prohibiciones o permisos que establecía esa ley dejan de regir. En la medida en que como consecuencia de una derogación se eliminan ciertas normas, es indudable que la derogación tiene efectos normativos, pero esto no quiere decir que las disposiciones derogatorias sean ellas mismas normas, aunque los juristas suelen hablar de normas derogatorias[14].

Otro tipo de normas, sobre cuya naturaleza los filósofos no se ponen de acuerdo, son las normas de competencia, es decir, normas que confieren potestades o competencias, públicas o privadas. Las opiniones varían dentro de una gama amplia. Algunos autores (Ross, 1958; Nino) las consideran como normas de obligación indirectas. Otros piensan que se trata de normas permisivas (von Wright, 1963). Otros más las interpretan como reglas constitutivas (Ross, 1968; Searle). Por último, hay quienes las conciben como reglas conceptuales (Alchourrón y Bulygin, 1983; Bulygin, 1992).

Aun dentro de las normas de conducta, cabe distinguir varias clases de normas. Las normas jurídicas suelen clasificarse en distintas categorías, siguiendo diferentes criterios. Pero no siempre estos criterios han sido formulados con debida claridad y precisión.

Una distinción importante para el derecho es entre normas *positivas* y normas no positivas o *naturales*. Las normas positivas son producto de la actividad humana; según si ésta consiste en un acto consciente de creación de una autoridad normativa o en conductas y actitudes convergentes de un grupo social, cabe distinguir entre normas *legisladas* y normas *consuetudinarias*. La distinción entre normas positivas y no positivas aparece en el campo del derecho como la antigua polémica entre el positivismo jurídico y la(s) escuela(s) de derecho natural. El positivismo sostiene que todo derecho es derecho positivo, es decir, está com-

13. Cf. von Wright, 1963, 6-7.
14. Como ejemplo, cf. Kelsen, 1962.

puesto por las normas positivas, mientras que el jusnaturalismo se caracteriza por sostener que además del derecho positivo hay derecho natural, compuesto por normas no positivas.

Es muy importante la distinción entre normas *generales* y normas *individuales*. Como ha mostrado von Wright[15], esta clasificación no es unívoca. Una norma puede ser general o individual respecto del sujeto normativo (según si el destinatario de la norma es uno o varios sujetos individualizados o una clase de sujetos) o respecto de la ocasión (según si la norma se refiere a una o varias ocasiones concretas o a una clase de ocasiones). Los dos criterios son independientes: una norma puede ser general en un sentido e individual en otro. Si la norma es general, tanto respecto del sujeto como respecto de la ocasión, es una norma eminentemente general.

Tradicionalmente se ha considerado al derecho como un conjunto de normas generales (aunque no es claro si se trata de normas eminentemente generales o es suficiente que sean generales al menos respecto del sujeto). Frente a esta posición, algunos autores como Kelsen y Cossio han sostenido que el orden jurídico está compuesto no sólo por las normas generales (dictadas por los legisladores o normas de origen consuetudinario), sino también por normas individuales (sentencias judiciales, contratos, testamentos, etc.).

En un sentido importante las normas individuales no forman parte del derecho: si a alguien se le pidiera una descripción completa del derecho de un país, seguramente enumeraría todas las normas generales (la constitución, los códigos, las leyes, los decretos, etc.), pero no incluiría en la nómina todas las sentencias judiciales, todos los contratos, testamentos y actos administrativos. Pero en otro sentido también las normas individuales, especialmente la sentencias judiciales, son consideradas como partes integrantes del derecho. Cuál de los dos sentidos ha de ser usado depende en gran medida del contexto.

Por último, cabe mencionar la clasificación de normas en *condicionales* y *categóricas*. Una norma es condicional cuando la obligación, prohibición o permisión que establece está sujeta a una condición, por ejemplo, la norma que dice «Si A, entonces debe ser B». Si la obligación (prohibición, permisión) prescripta por la norma no está sujeta a ninguna condición, la norma es categórica. La gran mayoría de normas jurídicas son condicionales; ciertamente todas las normas generales lo son. Sólo entre las normas jurídicas individuales (como, por ejemplo, en las sentencias judiciales) cabe encontrar normas categóricas.

V. NORMAS Y PROPOSICIONES NORMATIVAS

Las expresiones del lenguaje corriente que contienen palabras típicamente normativas como «prohibido», «permitido», «obligatorio», «debe»,

15. Cf. von Wright, 1963, 77-83.

«puede», «no debe», etc., son sistemáticamente ambiguas, pues pueden ser usadas para expresar tanto normas, como proposiciones acerca de las normas, que llamaremos *proposiciones normativas*. Cuando alguien dice «Aquí no se debe fumar», caben al menos dos posibilidades para interpretar lo que ha hecho. Si su intención ha sido prohibir que se fume y la expresión fue usada prescriptivamente, sus palabras expresan una norma. Pero si su intención ha sido informar sobre (la existencia de) una prohibición dictada por otro, la expresión «prohibido fumar» ha sido usada descriptivamente y, en consecuencia, expresa una proposición normativa. Aunque tanto una como la otra pueden ser expresadas mediante las mismas palabras, sus propiedades son claramente diferentes. Las normas no son ni verdaderas ni falsas; en cambio, pueden ser válidas o inválidas, obligatorias o no, obedecidas o desobedecidas, justas o injustas, etc.; las proposiciones normativas son verdaderas o falsas, pero no pueden ser obedecidas ni desobedecidas y no tiene sentido decir que son válidas, obligatorias o justas. Para la verdad de la proposición normativa es totalmente irrelevante la persona que la formula; su verdad depende sólo del hecho a que hace referencia; por ejemplo, el hecho de que la norma en cuestión existe o es válida o vigente. Por el contrario, la validez de la norma puede depender de la persona que formula la norma; generalmente consideramos que su autor (autoridad normativa) tiene que reunir ciertas condiciones (esto es, ser competente) para que la norma resultante sea considerada válida u obligatoria.

Puede haber distintos tipos de proposiciones normativas, puesto que cualquier predicación acerca de una norma da lugar a una proposición tal; así, puede haber proposiciones normativas que prediquen existencia, validez, obligatoriedad, aplicabilidad, eficacia, vigencia, etc. Pero hay un tipo que es especialmente importante: son proposiciones que aparentemente no se refieren a las normas, sino a conductas (acciones, actividades, estados de cosas resultantes de conductas) y que afirman que una conducta tiene la propiedad de ser obligatoria (prohibida, permitida). Sin embargo, no se trata de propiedades que las conductas puedan tener con independencia de las normas: una conducta tiene la propiedad de ser obligatoria (prohibida, permitida) sólo si hay una norma que la califica como obligatoria (prohibida, permitida). Por lo tanto, este tipo de proposiciones normativas (que han de ser distinguidas con especial cuidado de las normas, ya que su expresión verbal suele ser muy parecida e incluso idéntica) pueden ser analizadas como proposiciones acerca de la existencia de las normas. Así, decir que *p* es obligatorio (prohibido, permitido) equivale a afirmar que existe una norma que ordena (prohíbe, permite) *p*.

La distinción entre normas y proposiciones normativas es conocida desde hace muchos años. Se la puede rastrear en Bentham; se la encuentra en Kelsen bajo la forma de la distinción entre norma jurídica *(Rechtsnorm)* y proposición jurídica *(Rechtssatz)*, como también en Hedenius, en Ross y en von Wright, entre otros autores. Pero pocos

han reconocido la importancia de la distinción. Tan es así que muchos lógicos interesados en lo que se ha dado en llamar lógica deóntica no se detienen a analizar si las expresiones que aparecen en sus sistemas lógicos, como «Op» o «Pq», han de ser interpretadas como expresiones de normas o de proposiciones normativas, como si la diferencia no tuviera relevancia alguna. Cabe mostrar, sin embargo, que el comportamiento lógico de las proposiciones normativas difiere significativamente del de las normas[16].

En primer lugar, como ya se ha enfatizado, las proposiciones normativas son verdaderas o falsas, mientras que las normas carecen de valores de verdad.

En segundo lugar, hay en las proposiciones normativas una referencia (muchas veces tácita) a un conjunto o sistema de normas. Una proposición que dice que *p* está prohibido (permitido, obligatorio) en un sistema de normas es verdadera cuando en el sistema en cuestión hay una norma que prohíbe (permite, ordena) *p*. Naturalmente la misma conducta puede estar prohibida por un conjunto de normas (si ese conjunto contiene una norma que la prohíbe) y al mismo tiempo estar permitida por otro. En este sentido la verdad de las proposiciones normativas es *relativa* a un conjunto o sistema de normas.

En tercer lugar, el término «permitido», cuando aparece en las proposiciones normativas de tipo «*p* está permitido», es ambiguo, pues puede significar que no existe (en el sistema en cuestión) una norma que prohíba *p* (permiso negativo o débil) o que existe una norma que permite *p* (permiso positivo o fuerte).

En cuarto lugar, las proposiciones normativas (a diferencia de las normas) admiten dos tipos de negación: negación externa y negación interna. La negación externa de la proposición «*p* está permitido» consiste en decir que no existe una norma que permite *p*. La negación interna de la misma proposición consiste en decir que existe una norma que no permite (es decir, prohíbe) *p*. Ambas suelen ser expresadas mediante las mismas palabras: «*p* no está permitido», pero su significado es muy distinto.

Por último, como corolario de lo anterior, los términos «prohibido», «permitido» y «obligatorio» son interdefinibles (con la ayuda de la negación) cuando figuran en las normas. Como formulaciones de normas, «Prohibido *p*», «No permitido *p*» y «Obligatorio no *p*» significan lo mismo, es decir, expresan la misma norma. Pero cuando figuran en las proposiciones normativas, estos términos no son interdefinibles sin más, precisamente porque hay dos maneras de negar una proposición normativa. La prohibición es interdefinible con la permisión negativa, pero no

16. El trabajo de Alchourrón (1969) probablemente sea el primero en que se formulan las dos lógicas y se muestran sus diferencias. Con posterioridad, estas ideas fueron desarrolladas en una serie de trabajos conjuntos: cf. Alchourrón y Bulygin, 1971, 1975 y 1991.

con la permisión positiva. Esto muestra que el famoso principio de prohibición «Todo lo que no está prohibido, está permitido» —que ha sido frecuentemente usado para sostener la extraña tesis de que el derecho siempre es completo, en el sentido de que todas las conductas están siempre deónticamente calificadas por cualquier orden jurídico y, en consecuencia, no existen las llamadas «lagunas del derecho»—, es ambiguo. Si «permitido» significa permisión negativa, el principio es necesariamente verdadero, pero vacuo, pues sólo dice que toda conducta o bien está prohibida, o bien no está prohibida. Si, en cambio, «permitido» significa permiso positivo, el principio deja de ser necesariamente verdadero: del hecho de que no exista una norma que prohíba una acción no se puede inferir la existencia de una norma que la permita[17].

VI. NORMAS Y RAZONES

Raz califica el concepto de las razones para la acción de «concepto clave» para la explicación de las normas[18] y Nino afirma que «los enunciados que expresan que hay razones para realizar cierta acción [...] no pueden reducirse fácilmente a enunciados normativos acerca de lo que se debe o es obligatorio hacer [...]»[19]. El ejemplo que da Nino en apoyo de su tesis es, sin embargo, poco convincente. Dice Nino que «si hay razones para presentarse a cumplir con el servicio militar en un cuartel, necesariamente hay también razones, aunque puedan ser superadas por otras, para tomar un tren que conduce al cuartel; en cambio, de la obligatoriedad de la acción de presentarse al servicio militar en un cuartel no se infiere la obligatoriedad de la de tomar el tren»[20].

En primer lugar, no es cierto que siempre que haya razones para ir al cuartel, también haya razones para tomar el tren: si el cuartel está situado a dos cuadras de mi casa y la estación ferroviaria a quince, no hay ninguna razón para tomar el tren. Por otro lado, si tomar el tren es condición necesaria para llegar al cuartel, entonces la obligación de ir al cuartel implica la obligación de tomar el tren. Volveremos más adelante a este ejemplo de Nino, pero ya a esta altura resulta evidente que tenemos que analizar con más cuidado los enunciados que expresan razones, para ver en qué se distinguen y en qué se parecen a las normas.

Para empezar, conviene tener presente la conocida distinción entre razones explicativas y razones justificatorias. Las razones explicativas están destinadas a suministrar elementos de justificación para la explicación teórica de lo que ocurre en el mundo. (A veces, «ser razón explicati-

17. Para ver este argumento desarrollado con mayor detalle, cf. Alchourrón y Bulygin, 1971, 125-127.
18. Raz, 1975, 9.
19. Nino, 1981, 37.
20. Nino, 1985, 110.

va» se identifica con «ser causa de».) Las razones justificatorias, en cambio, proporcionan elementos justificatorios de la acción en la argumentación práctica acerca de lo que se debe hacer u omitir; su ámbito de aplicación son las disciplinas pertenecientes a la llamada filosofía práctica: ética, filosofía del derecho, filosofía política. Nos ocuparemos aquí sólo de las razones justificatorias.

De acuerdo con Raz, las razones para la acción son hechos[21]. Pero los enunciados que dicen que un determinado hecho es una razón para una cierta acción, a los que denominaremos *brevitatis causae,* «enunciados de razón», no son meras descripciones de hechos. Tales enunciados suponen una relación condicional entre determinados hechos y determinadas acciones. Esta relación, sin embargo, no consiste en que cada vez que se da el hecho, también se da la acción. Más bien, la acción *debe* realizarse cuando se da la razón para la acción, es decir, el hecho antecedente[22].

Para Raz, los enunciados de la forma «El hecho de que A es una razón para x para hacer B», son enunciados de razón atómicos (usamos una terminología levemente diferente, que no altera el sentido). Tales enunciados son verdaderos sólo si se dan las dos cosas: A es verdadero y A es una razón para x para hacer B[23]. El enunciado «A es una razón para x para hacer B», que según Raz forma parte del enunciado de razon atómico, es, a su vez, un enunciado condicional que dice que A es una razón para hacer B. Los enunciados de razón implican, pues, un deber condicional: el deber de realizar la acción cuando se da la razón.

Si esto es así, los enunciados de razón se parecen mucho a las normas condicionales, es decir, normas que establecen la obligación de hacer u omitir algo para el caso de que se den ciertos hechos. Al menos, el enunciado de razón condicional implicado por el enunciado de razón atómico (A es una razón para hacer B) en nada se diferencia de una norma condicional que dice «Si se da A, debe hacerse B». Tales enunciados, a diferencia de los enunciados de razón atómicos, no presuponen la verdad de A. Esto es reconocido expresamente por Raz[24].

Podría argumentarse que los enunciados de razón se diferencian de las normas porque las obligaciones que establecen pueden ser supera-

21. Raz, 1975, 17 ss.

22. Raz, 1975, 28: «Statements of fact which are reasons for the performance of a certain action by a certain agent are the premises of an argument the conclusion of which is that there is a reason for the agent to perform the action or *that he ought to do it*». (El subrayado es nuestro.)

23. Raz, 1975, 20.

24. Cf. Raz, 1975, 20: «In sentences like "The devaluation is a reason for the Chancellor to impose exchange controls", the phrase "the devaluation" refers to the fact that there was a devaluation. Statements made using the sentence in the normal way are true only if the devaluation referred to occurred. Sentences like "A devaluation is a reason for the Chancellor to impose exchange controls" do not presuppose that a devaluation occured. They can be rephrased as: "Whenever a devaluation occurs, its occurrence is a reason for the Chancellor to impose exchange controls"».

das o desplazadas por otras razones; en este sentido, se trata de obligaciones *prima facie*. El párrafo de Nino transcripto más arriba parece sugerir esto. Las razones, dice Nino, a diferencia de las obligaciones establecidas en normas, pueden ser superadas por otras. Sin embargo, no hay por qué pensar que no pueda ocurrir lo mismo con las normas. Hay obligaciones que en ciertas circunstancias pueden ser desplazadas o superadas por otras. La idea de que hay obligaciones superables no es ciertamente nueva: fue *Sir* David Ross quien introdujo la categoría de obligaciones *prima facie*[25] y no faltan autores que piensan que todas las obligaciones jurídicas son de este tipo[26]. No hay, pues, una diferencia esencial entre normas y enunciados de razón en este aspecto. Sin embargo, aunque no novedosa, la idea de superabilidad (*defeasibility*) es importante. Tenemos que analizar, pues, en qué consiste esta superabilidad de las razones o de las obligaciones establecidas en las normas condicionales.

Cuando en el lenguaje corriente se afirma un condicional de la forma «Si A, entonces B», muchas veces no se pretende decir que A es condición suficiente de B, sino tan sólo una condición contribuyente. Una condición contribuyente es una condición necesaria de una condición suficiente[27]. En este tipo de afirmaciones condicionales, A es condición suficiente de B sólo en conjunción con un conjunto de presupuestos aceptados en el contexto en que se emite la afirmación condicional. Así, por ejemplo, cuando se afirma respecto de un determinado gas que su volumen se va a incrementar si se lo calienta, se supone tácitamente que la presión permanece constante. La afirmación condicional fracasa (es superada o desplazada), cuando algún presupuesto implícito resulta falso.

En este sentido, un condicional superable puede ser definido como un condicional que tiene excepciones implícitas. En nuestro ejemplo, la modificación de la presión es una excepción implícita que desplaza la afirmación condicional. En un condicional superable, puede ser verdadero «Si A, entonces B», pero puede resultar falso «Si A y C, entonces B», cuando la circunstancia C es una excepción que desplaza al condicional «Si A, entonces B». Probablemente, la mayoría de nuestras afirmaciones condicionales del lenguaje corriente son, en este sentido, superables o desplazables. La idea de la superabilidad está ligada a la idea de «normalidad». Solemos hacer afirmaciones condicionales para situaciones normales, sabiendo que en ciertas circunstancias anómalas el condicional puede resultar falso.

Esto implica dos consecuencias muy importantes. En primer lugar, para el condicional superable no vale la ley del refuerzo del condicio-

25. Ross, 1961, 19 ss.
26. Cf. Farrell, 1983.
27. Sobre los distintos tipos de condiciones: condición necesaria, condición suficiente, condición contribuyente y condición sustitutiva, cf. von Wright, 1960, 66-77.

nal que dice que si el condicional «Si A, entonces B» es verdadero, entonces también es verdadero el condicional «Si A y C, entonces B», donde C representa una circunstancia cualquiera. Esta ley es claramente inválida respecto de los condicionales superables, pues C puede referirse a una excepción implícita. En segundo lugar, tampoco vale la ley del *modus ponens*, de acuerdo a la cual de «Si A, entonces B» y de la verdad del antecedente (A), cabe inferir la verdad del consecuente (B). Es obvio que en un condicional superable, la verdad de A no garantiza la verdad de B, pues puede suceder que junto con A se dé alguna circunstancia excepcional que desplace el condicional.

Tratándose de afirmaciones condicionales normativas cuya forma general es «Si A, entonces debe ser B», no es aventurado sostener que en su gran mayoría (especialmente en el campo jurídico), tales condicionales son superables. Esto quiere decir que contienen excepciones implícitas, esto es, circunstancias que desplazan la obligación, aunque no estén formuladas expresamente. Aun una regla tan clara y simple como «Todo conductor debe detenerse en una luz roja», puede contener excepciones que no están expresadas. Alguien que venga de California podría entender que esa regla contiene una excepción implícita «a menos que gire a la derecha», que estaría seguramente excluida en otros países.

Estas consideraciones muestran que la superabilidad no se debe a que la obligación sea de un tipo especial (obligación *prima facie)*, sino al tipo de condicional que conecta el antecedente con el consecuente. La lógica de los condicionales superables *(defeasible conditionals)* ha sido intensamente analizada en los últimos tiempos, especialmente por los lógicos que trabajan en lo que se ha dado en llamar la Inteligencia Artificial, bajo el rótulo de lógicas no monotónicas.

Si la superabilidad no es una característica exclusiva de las razones, entonces no parece haber diferencias relevantes entre los enunciados de razón y las normas condicionales superables. La diferencia parece consistir tan sólo en la formulación verbal: no se advierte en qué difiere el significado de las expresiones «Todo conductor debe detenerse en una luz roja» y «La luz roja es una razón para que un conductor se detenga». Con lo cual no resulta claro en qué consistiría la ventaja de analizar las normas en términos de razones para la acción.

BIBLIOGRAFÍA

Alchourrón, C. E. (1969), «Logic of norms and logic of normative propositions»: *Logique et Analyse 12,* 242-268; también en C. E. Alchourrón y E. Bulygin, *Normative Systems,* Springer, Wien-New York, 1971.

Alchourrón, C. E. (1994), «Concezioni della logica»: *Analisi e Diritto,* 17-53.

Alchourrón, C. E. y Bulygin, E. (1971), *Normative Systems,* Springer, Wien-New York.

Alchourrón, C. E. y Bulygin, E. (1975), *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales,* Astrea, Buenos Aires.

Alchourrón, C. E. y Bulygin, E. (1983), «Definiciones y normas», en E. Bulygin *et. al* (comps.), *El Lenguaje del Derecho,* Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 11-42.
Alchourrón, C. E. y Bulygin, E. (1991), *Análisis Lógico y Derecho,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
Alchourrón, C. E. y Martino, A. (1990), «Logic without truth»: *Ratio Juris 3,* 46-67.
Bayón Mohino, J. C. (1991), *La Normatividad del Derecho: Deber jurídico y razones para la acción,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
Bentham, J. (1970), *On Laws in General,* H. L. A. Hart (ed.), Athlone, London.
Bulygin, E. (1992), «On norms of competence»: *Law and Philosophy 11*, 201-216.
Farrell, M. D. (1983), «Las obligaciones jurídicas como obligaciones prima facie», en E. Bulygin *et al.* (comps.), *El lenguaje del Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
Hart, H. L. A. (1961), *The Concept of Law*, Clarendon, Oxford; v. e. *El Concepto de Derecho*, G. E. Carrió (trad.), Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
Hedenius, I. (1941), *Om Rätt och Moral*, Stockholm.
Kelsen, H. ([2]1960), *Reine Rechtslehre*, Deuticke, Wien; v. e., *Teoría Pura del Derecho*, R. Vernengo (trad.), UNAM, México.
Kelsen, H. (1962), «On Derogation», en *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, The Bobbs-Merrill, Indianapolis- New York.
Nino, C. S. (1981), «Razones y prescripciones»: *Análisis Filosófico 1*, 37-48.
Nino, C. S. (1985), *La Validez del Derecho*, Astrea, Buenos Aires.
Raz, J. (1975), *Practical Reason and Norms*, Hutchinson, London.
Raz, J. (1979), *The Authority of Law*, Clarendon, Oxford.
Ross, A. (1958), *On Law and Justice*, Stevens, London.
Ross, A. (1968), *Directives and Norms*, Routledge and Kegan Paul, London.
Ross, W. D. (1961), *The Right and the Good* (1930), Clarendon, Oxford.
Searle, J. R. (1977), *Speech Acts*, Cambridge University Press, Cambridge.
Wright, G. H. von (1960), *A Treatise on Induction and Probability*, Littlefield, Adams, Paterson, New Jersey.
Wright, G. H. von (1963), *Norm and Action*, Routledge and Kegan Paul, London.
Wright, G. H. von (1991), «Is there a logic of norms?»: *Ratio Juris 4*, 265-283.

PRINCIPIOS JURÍDICOS

Juan Ruiz Manero

I. EL INICIO DE LA DISCUSIÓN SOBRE PRINCIPIOS EN LA TEORÍA DEL DERECHO CONTEMPORÁNEA

La discusión acerca de los principios jurídicos arranca, en la teoría del Derecho de los últimos años, de un famoso artículo de Ronald Dworkin publicado en 1967, con el título de «El modelo de las reglas» (e incorporado después, como capítulo 2, a Dworkin, 1978). La pretensión fundamental de dicho artículo era impugnar lo que el propio Dworkin denominaba «la versión más poderosa del positivismo jurídico», esto es, la teoría del Derecho de H. L. A. Hart. Entre los defectos capitales de dicha teoría se hallaría, según Dworkin, su incapacidad para dar cuenta de la presencia en el Derecho de pautas distintas de las reglas —esto es, de principios—, lo que privaría también a la construcción de Hart de la posibilidad de comprender aspectos esenciales del razonamiento judicial en los llamados *casos difíciles*. Reglas y principios se diferenciarían, según Dworkin, por lo siguiente:

> Ambos conjuntos de pautas apuntan a determinadas decisiones sobre la obligación jurídica en circunstancias determinadas, pero unos y otros difieren en la orientación que dan. Las reglas son aplicables a la manera del todo-o-nada. Si se dan los hechos que estipula una regla, entonces o bien la regla es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, en cuyo caso no contribuye en nada a la decisión [...]. Pero no es de esta manera como operan los principios [...]. Ni siquiera aquellos que se parecen más a las reglas establecen consecuencias jurídicas que se sigan automáticamente cuando las condiciones previstas están satisfechas [...]. Los principios tienen una dimensión que las reglas no tienen: la dimensión de peso o importancia. Cuando hay una interferencia entre principios [...] quien ha de resolver el conflicto ha de tomar en cuenta el peso relativo de cada uno [...]. Las reglas no tienen esa dimensión (Dworkin, 1978, 24-27).

Como ejemplo de su tesis aducía Dworkin un caso —Riggs *versus* Palmer— del que hubo de entender, a finales del siglo pasado, un tribunal del Estado de Nueva York. El asunto era básicamente el siguiente: un nieto solicitaba al tribunal entrar en posesión de la herencia de su abuelo, lo que, de acuerdo con la ley testamentaria del Estado de Nueva York, le correspondía. La peculiaridad del caso residía en que entre los atributos de dicho nieto se encontraba el de ser el asesino del causante, circunstancia que la ley testamentaria aplicable no contemplaba como causa de exclusión de la sucesión: de acuerdo con las disposiciones aplicables, tal circunstancia debía considerarse, pues, como irrelevante. El tribunal negó al nieto, sin embargo, el entrar en posesión de la herencia de su abuelo apoyándose en el principio de que «nadie puede sacar provecho de su propia acción ilícita». Como cabe observar, el ejemplo aducido por Dworkin en defensa de sus tesis quizá no resultara del todo coherente con éstas, al menos en un par de puntos: *a*) según Dworkin, si una regla es válida, y se dan los hechos que la misma estipula, la aplicación de la regla soluciona, sin más, el caso. Pero en Riggs *versus* Palmer el tribunal no cuestionó la validez de las disposiciones sobre la sucesión aplicables, sino que más bien consideró que, en relación con las circunstancias del caso, el principio *Nemine doluus suus prodesse debet* había de prevalecer sobre el principio de que «debe ser lo prescrito por las reglas jurídicas»; *b*) según Dworkin, los principios por sí mismos nunca determinan por completo el contenido de una decisión particular, mientras que en el caso de referencia, parece que, una vez determinada por el tribunal la prevalencia del principio que impide sacar provecho del propio ilícito, dicho principio vino a ser el fundamento único y completo de su decisión.

Sea como fuere, las tesis de Dworkin sobre los principios, ulteriormente expandidas hasta la concepción global del Derecho que encontramos en *Law's Empire*, han sido una de las animadoras más destacadas de la discusión en teoría y filosofía del Derecho de las últimas décadas, proyectándose sobre tópicos tan centrales en estas disciplinas como las relaciones entre moral y Derecho, la tipología de las disposiciones jurídicas, la caracterización de los casos difíciles, la creación judicial del Derecho, el carácter y estructura del razonamiento jurídico justificativo, etc.

II. SENTIDO DE LA EXPRESIÓN «PRINCIPIOS JURÍDICOS» EN EL LENGUAJE DE LOS JURISTAS[1]

A pesar de que la discusión sobre los principios jurídicos en la teoría del Derecho reciente tiene su origen en la obra de Dworkin y, en gran medida, sigue girando en torno a ella, lo cierto es que la reflexión sobre los principios jurídicos no ha faltado en la teoría del Derecho anterior a

1. Lo que sigue constituye básicamente un resumen de Atienza y Ruiz Manero (1991 y 1993).

Dworkin, de lo que son buena muestra obras como la de Esser (1956), Del Vecchio (1958) o, entre nosotros, García de Enterría (1963). Y por lo que hace a los textos legislativos, la referencia a los principios jurídicos tiene una larga tradición, que es usual remontar al Código civil austriaco de 1811. Ocurre, sin embargo, que los teóricos del derecho y los juristas han usado —y continúan usando— la expresión «principios jurídicos» (o «principios generales del Derecho») con sentidos diversos que, a su vez, se solapan —al menos parcialmente— entre sí. Quizá los más característicos de esos sentidos sean los siguientes (tomo en cuenta básicamente los análisis de Carrió [1986] y Guastini [1990]): *a*) «principio» en el sentido de norma muy general, en el sentido de que regula un caso cuyas propiedades relevantes son muy generales: por ejemplo, las contenidas en el título II del libro Cuarto de nuestro Código civil, que resultan aplicables a cualquier clase de contratos; *b*) «principio» en el sentido de norma redactada en términos particularmente vagos, como acontece con las que incorporan lo que los juristas llaman *conceptos jurídicos indeterminados*, esto es, conceptos que no tienen sólo una periferia de textura abierta, sino que resultan centralmente vagos: por ejemplo, «abuso de Derecho», «buena fe», «diligencia propia de un buen padre de familia»; *c*) «principio» en el sentido de norma que expresa los valores superiores de un ordenamiento jurídico, de un sector del mismo, de una institución, etc. Por ejemplo, el art. 14 de la Constitución española, que consagra la igualdad de los españoles ante la ley y prohíbe que prevalezca discriminación alguna «por razón de nacimiento, raza, sexo, religión opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social»; *d*) «principio» en el sentido de norma programática o directriz, esto es, de norma que estipula la obligación de perseguir determinados fines como, por ejemplo, el art. 51.1 de la Constitución española: «Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos»; *e*) «principio» en el sentido de norma dirigida a los órganos de aplicación del Derecho y que señala, con carácter general, cómo se debe seleccionar la norma aplicable, interpretarla, etc., como —por ejemplo— los criterios interpretativos contenidos en el art. 3.1 del Código civil; *f*) «principio» en el sentido de *regula iuris*, esto es, de enunciado o máxima de un considerable grado de generalidad y que permite la sistematización (o la presentación sintética) del ordenamiento jurídico o de un sector del mismo. Como ejemplos pueden señalarse el principio del legislador racional o la máxima *iura novit curia*.

III. DOS PROPUESTAS DE CLASIFICACIÓN

La anterior lista de significados es meramente ilustrativa y no tiene ninguna pretensión de exhaustividad (Genaro Carrió ha distinguido —sin pre-

tender agotar tampoco los sentidos en que los juristas hablan de «principios»— hasta once acepciones) y no es tampoco excluyente: como el lector habrá observado, buena parte de las normas utilizadas como ejemplos de un determinado sentido de «principio», podrían haberse utilizado igualmente como ejemplos de otros sentidos de la expresión. De ahí que sea conveniente realizar algunas estipulaciones que permitan superar, de un lado, las imprecisiones a las que lleva el manejo de un término tan ambiguo y que recojan, de otro, los contenidos y los problemas a que centralmente se refieren los juristas cuando hablan de principios.

1. *Principios en sentido estricto y directrices*. En cuanto a los contenidos, parece que el uso central de la expresión «principios» hace referencia a las acepciones *c)*, principio en el sentido de norma que expresa los valores superiores de un determinado ordenamiento, sector del mismo o institución, y *d)*, principio en el sentido de norma programática o directriz. Parece razonable, pues, redefinir «principio» de forma que la distinción entre principios en el sentido *c)*, a los que llamaremos en adelante principios en sentido estricto, y directrices o normas programáticas, se configure, con las precisiones que se indican a continuación, como una distinción exhaustiva y excluyente. El configurar la distinción como exhaustiva implica que las características *a)*, gran generalidad, y *b)*, presencia de términos centralmente vagos, que acompañan normalmente a los principios en sentido estricto y a las directrices, no permiten por sí mismas calificar a una determinada pauta como principio; en cuanto a las características *e)* y *f)*, las pautas que las exhiben resultan, si reúnen también las propiedades *a)* y/o *b)*, reconducibles a principios en sentido estricto o a directrices. El configurar la distinción como excluyente implica que, aunque es posible que un mismo enunciado pueda considerarse en ciertos contextos argumentativos como principio y en otros como directriz (y hasta pueda decirse que ello constituye una ambigüedad característica de muchos principios), un mismo jurista no puede utilizarlo, en un mismo contexto argumentativo, como ambas cosas a la vez.

2. *Principios explícitos y principios implícitos*. Una segunda distinción relevante es la que media entre principios (pautas de comportamiento formulables como principios en sentido estricto o como normas programáticas) *explícitos*, esto es, expresamente dictados por una fuente de producción jurídica, y principios *implícitos*, esto es, principios extraídos a partir de disposiciones expresas del ordenamiento, como racionalización (en el sentido de MacCormick, 1978) de las mismas.

IV. LA DISTINCIÓN ENTRE PRINCIPIOS Y REGLAS

La distinción entre principios y reglas puede abordarse partiendo de dos enfoques distintos de las normas. Al primer enfoque podemos llamarle *estructural*, pues consiste en ver las normas como entidades organizadas

de cierta forma: como enunciados condicionales que correlacionan supuestos de hecho o casos genéricos (conjuntos de propiedades) con soluciones (esto es, con la calificación normativa de una determinada conducta). Desde el segundo enfoque, las normas son vistas como razones para la acción; podemos, por ello, calificarlo como *funcional*, pues dicho enfoque atiende al papel o función que las normas cumplen en el razonamiento práctico de sus destinatarios.

1. *Un enfoque estructural de la distinción*

Desde esta perspectiva, parece que la distinción entre reglas y principios (y, dentro de éstos, entre principios en sentido estricto y normas programáticas) puede formularse de la siguiente manera: las reglas configuran de forma cerrada tanto el supuesto de hecho como la conducta calificada deónticamente en la solución; los principios en sentido estricto configuran de forma abierta su supuesto de hecho y, de forma cerrada, la conducta calificada deónticamente; las directrices o normas programáticas configuran de forma abierta tanto uno como otro elemento. Veámoslo con algunos ejemplos.

Podemos utilizar como ejemplo de regla el art. 28 del Estatuto de los Trabajadores, que establece que «el empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo igual el mismo salario, tanto por salario base como por los complementos salariales, sin discriminación alguna por razón de sexo». Aquí encontramos genéricamente determinado (esto es, configurado de forma cerrada) tanto el supuesto de hecho (ser empresario, mantener desde esa posición una relación jurídico-laboral con otras personas) como la conducta calificada deónticamente: prohibido pagar un salario diferente por igual trabajo a trabajadores de sexo diferente. Naturalmente, toda determinación genérica puede presentar problemas a la hora de subsumir tanto supuestos de hecho como conductas individuales: pueden existir dudas, por ejemplo, acerca de si una determinada actividad es o no «trabajo» o acerca de si un complemento salarial para vestuario diferente por razón del sexo constituye o no una conducta disconforme con lo estipulado en la norma de referencia. Pero lo que importa es que aquí tanto el supuesto de hecho como la conducta calificada deónticamente se encuentran genéricamente determinadas.

Las cosas son distintas si de las reglas pasamos a los principios en sentido estricto. Utilicemos aquí como ejemplo el art. 14 de la Constitución española, al que antes se ha hecho referencia. Dicho artículo, en cuanto dirigido a guiar la conducta de los órganos jurídicos, podría reformularse de la siguiente manera: «Si x es un órgano jurídico y x ha de dictar una norma, aplicarla, etc., y no resulta concurrente otro principio que, en relación con el caso, tenga una mayor fuerza, a dicho órgano le está prohibido establecer o hacer que prevalezca discriminación alguna por razón de raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social». La diferencia con el art. 28 del Esta-

tuto de los Trabajadores reside en que en el art. 14 de la Constitución el supuesto de hecho no se encuentra genéricamente determinado (esto es, se encuentra configurado de forma abierta), en tanto que ambas disposiciones se asemejan en la manera de configurar la conducta calificada deónticamente; en ambos casos está genéricamente determinado lo prohibido: pagar un salario diferente, discriminar.

Pasemos a las directrices o normas programáticas. También el art. 51.1 de la Constitución española, que ya antes hemos utilizado como ejemplo, puede presentarse como un enunciado condicional, cuyo antecedente tendría una configuración abierta semejante a la del art. 14. Pero la diferencia reside en que, en el caso del art. 51.1, en el consecuente no se encuentra determinado genéricamente un modelo de conducta, sino tan sólo un objetivo (la tutela de la seguridad, salud y legítimos intereses económicos de los consumidores y usuarios) alcanzable, en grado mayor o menor, por conductas («procedimientos eficaces») de muy diversos tipos.

2. *Principios y reglas como razones para la acción*

Tomando como punto de partida una conocida caracterización del último Hart, podemos considerar las reglas que imponen obligaciones o prohibiciones como razones para la acción perentorias e independientes del contenido. Que las reglas sean «razones perentorias» quiere decir que constituyen una razón de primer orden para que su destinatario realice la acción exigida (en el caso, por ejemplo, de los órganos jurisdiccionales, para que dicten una resolución cuyo contenido corresponda al de la regla) y una razón de segundo orden para «excluir o suprimir cualquier deliberación independiente por parte de su destinatario sobre los argumentos en pro y en contra de realizar la acción» (siguiendo con el mismo ejemplo, para excluir que el contenido de la resolución se fundamente en la apreciación por parte del órgano jurisdiccional de cuál fuera, atendiendo a los méritos del caso, la mejor resolución a dictar). El que las reglas sean razones «independientes del contenido» afecta al por qué sus destinatarios deben obedecer las reglas, esto es, considerarlas como razones «perentorias». Y, en este sentido, se supone que sus destinatarios deben considerarlas así por razón de su fuente, esto es, por razón de la autoridad normativa que las ha dictado o adoptado.

Pues bien, de los principios explícitos cabe decir que son razones para la acción independientes del contenido, pero no perentorias. Son razones independientes del contenido porque la razón por la que son razones para la acción de sus destinatarios es la misma que en el caso de las reglas: a saber, su origen en una determinada fuente. No son, sin embargo, razones perentorias porque, al configurar de forma abierta sus condiciones de aplicación y no determinar, por consiguiente, en qué casos prevalecen frente a otros, exigen su ponderación con otros principios que sean razones para actuar en otro sentido.

Los principios implícitos, a su vez, son razones para la acción no perentorias y no independientes del contenido. No son perentorias por la misma razón por la que no lo son los principios explícitos, y no son independientes del contenido porque, si son razones para la acción, no es por virtud de su origen en fuente alguna, sino por cierta cualidad de su contenido, que cabe cifrar en su adecuación o coherencia con las reglas y principios explícitos.

Por lo que se refiere a la distinción entre principios en sentido estricto y directrices o normas programáticas, tal distinción, en términos de razones para la acción, podría trazarse como sigue. Las directrices constituyen razones para la acción de tipo instrumental o estratégico: el que la consecución de un fin F sea deseable hace que exista una razón en favor de aquello que conduzca a tal fin. Tal razón, naturalmente, no es excluyente de razones en sentido contrario ni necesariamente concluyente, pues estas últimas pueden tener más fuerza. Los principios en sentido estricto constituyen, por su parte, razones para la acción caracterizables como razones de corrección. Tales razones, al igual que las anteriores, no son excluyentes ni necesariamente concluyentes, pero la diferencia con ellas se encuentra en que, en la deliberación del sujeto, las razones de corrección operan como razones últimas (no son razones finalistas, sino razones finales). Por eso, las razones estratégicas pueden y debe ser evaluadas —y en su caso, superadas— por razones de principio, mientras que lo contrario no puede ocurrir.

3. *Reglas, principios, poder e intereses*

Se ha indicado con frecuencia que la noción de poder constituye un ejemplo paradigmático de «concepto esencialmente contestado». Se puede indicar, sin embargo, que, como ha mostrado Steven Lukes (1974), lo que resulta contestado no es tanto el concepto de poder como las diversas concepciones del poder. En todo caso, para nuestros fines basta con un concepto de poder amplísimo, que subyace como mínimo común denominador en las diversas concepciones del poder y que podemos formular así: «A tiene poder sobre B cuando A tiene la capacidad de afectar a los intereses de B». Por lo que se refiere a los intereses, basta asimismo con considerar como tales los que cada agente considera así (sus «intereses subjetivos») y los que podríamos llamar «intereses objetivos» en un sentido mínimo, como el postulado por J. C. Bayón (1991): aquellos que es razonable suponer que un agente consideraría como sus intereses, sobre la base de lo que él mismo considera como sus intereses últimos, si dispusiera de la información relevante sobre las conexiones causales pertinentes.

Pues bien: las normas jurídicas no sólo son el resultado de intereses y de relaciones de poder, sino que ellas mismas configuran una estructura de poder; esto es, otorgan a ciertos individuos o grupos la capacidad de afectar los intereses de otros. Esta función de articulación —de

normativización— de intereses puede llevarse a cabo de diversas formas, de las que aquí destacaremos los aspectos centrales.

La primera de estas formas consiste en hacerlo por medio de disposiciones jurídicas que posibiliten a sus destinatarios desarrollar su plan de vida sin necesidad de ponderar en cada ocasión de qué manera su acción podría afectar a los intereses de otros agentes. Esta forma de proceder es típica de las *reglas* que tienen como destinatarios a las personas privadas, a la gente en general (y que, por otra parte, integran el criterio conforme al cual los órganos jurisdiccionales han de valorar la conducta de tales personas). Tales reglas consiguen evitar la necesidad de ponderación en cada ocasión mediante tres mecanismos: en primer lugar, imponiendo restricciones recíprocas a la persecución por cada cual de sus propios intereses (las reglas que imponen deberes positivos o negativos); en segundo lugar, garantizando, en la persecución por parte de cada cual de sus propios intereses, una esfera de no interferencia por parte de otros agentes; y, en tercer lugar, posibilitando que los individuos alteren y enriquezcan, dentro de ciertos límites, el anterior entramado normativo (las reglas que confieren poderes normativos privados).

Sin embargo, esa forma de operar es insuficiente cuando se entiende que el papel de los poderes públicos no se agota en el dictado de normas que delimiten el terreno dentro del cual cada uno puede perseguir sus propios intereses, sino que se extiende también a la promoción activa de determinados intereses sociales. Para conseguir este propósito, no resultan ya suficientes las reglas, sino que deben establecerse directrices o normas programáticas cuyo tratamiento de los intereses es característicamente diferente, pues las directrices no delimitan *ex ante* la articulación de los intereses en conflicto, sino que exigen en cada caso una ponderación de esos intereses que desemboque en una determinación del peso relativo de cada uno de ellos. Las directrices —cabría decir— no determinan los espacios de poder de una vez por todas y haciendo abstracción de los intereses realmente en presencia en cada caso —como sucede con las reglas—, sino que hacen depender dicha determinación de circunstancias variables y no determinables *a priori*, esto es, no contenidas en las normas.

Finalmente, los ordenamientos jurídicos imponen restricciones a la persecución de intereses por parte de los diversos sujetos mediante la asunción de valores que se consideran *razones categóricas frente a cualesquiera intereses*. De ahí que —como se ha dicho— las normas que recogen tales valores —los principios en sentido estricto— prevalezcan frente a las directrices y jueguen un papel predominantemente negativo: los principios en sentido estricto no tratan de ordenar la concurrencia de intereses ni de promover unos u otros intereses sociales, sino de evitar que la persecución de cualesquiera intereses pueda dañar dichos valores. El que dichos valores se consideren como razones categóricas frente a cualesquiera intereses no excluye, obviamente, la posibilidad de que, frente a un determinado caso, se produzca un conflicto entre ellos.

Conflicto que sólo cabe resolver tras una ponderación de la que resulte cuál es el valor que tiene un mayor peso, dadas todas las circunstancias del caso.

V. LA INTERRELACIÓN ENTRE REGLAS Y PRINCIPIOS EN EL RAZONAMIENTO DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES. CASOS FÁCILES Y CASOS DIFÍCILES

Es corriente afirmar que los principios sólo entran en juego en el razonamiento de los órganos jurisdiccionales cuando éstos tienen que hacer frente a casos difíciles, mientras que en los casos fáciles las reglas serían elementos necesarios y suficientes para justificar la decisión. Tal forma de ver las cosas sólo parece aceptable si se toma en cuenta que los principios están involucrados en la propia calificación de un caso como fácil o como difícil. Un caso es fácil precisamente cuando la subsunción de unos determinados hechos en una determinada regla no resulta controvertible a la luz del sistema de principios que dota de sentido a la institución o sector normativo de que se trate. Y «que dota de sentido» puede tener, a su vez, un doble significado: puede tratarse de los valores cuya realización viene asegurada por el cumplimiento de la regla (principios en sentido estricto), o bien de los objetivos sociales para cuya consecución el cumplimiento de la regla aparece como medio (directrices o normas programáticas). Pero, en uno u otro de los significados de «dotar de sentido», es a la luz de los principios explícitos o implícitos del sector normativo de que se trate como cabe determinar si un caso es fácil o difícil.

Lo anterior implica que la obediencia a razones perentorias no puede considerarse como la vertiente central de la conducta jurídicamente guiada de los órganos jurisdiccionales, en tanto que la deliberación acerca de razones no perentorias sería periférica o marginal. Pues, si la consideración de que un caso resulta subsumible en una determinada regla a adoptar como razón perentoria para su resolución, sólo puede hacerse teniendo en cuenta principios, ello implica que la obediencia a razones perentorias exige la previa deliberación acerca de razones no perentorias y sólo tiene legítimamente lugar en el territorio acotado por ésta última.

BIBLIOGRAFÍA

Alchourrón, C. E. y Bulygin, E. (1974), *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales,* Astrea, Buenos Aires; v. or. *Normative Systems*, Springer, Wien-New York, 1971.

Alexy, R. (1988), «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica»: *Doxa* 5.

Atienza, M. y Ruiz Manero, J. (1991), «Sobre principios y reglas»: *Doxa 10.*
Atienza, M. y Ruiz Manero, J. (1992), «Objeciones de principio. Respuesta a Alexander Peczenik y Luis Prieto Sanchís»: *Doxa 12.*
Atienza, M. y Ruiz Manero, J. (1993), «Tre approcci ai principî di diritto»: *Analisi e diritto.*
Baurmann, M. y Kliemt, H. (1985), «¿Tomar a la ligera el positivismo jurídico?»: *Doxa 2.*
Bobbio, N. (1966), «Principi generali di diritto»: *Novissimo Digesto Italiano XIII.*
Calsamiglia, A. (1984), «Ensayo sobre Dworkin», en R. Dworkin, *Los derechos en serio*, M. Guastavino (trad.), Ariel, Barcelona.
Carrio, G. R. (1981), *Dworkin y el positivismo jurídico*, UNAM, México.
Carrio, G. R. ([3]1986), «Principios jurídicos y positivismo jurídico», en Id., *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
Del Vecchio, G. (1958), «Sui principi generali del diritto», en Id., *Studi sul diritto I*, Milano.
Dworkin, R. (1978), *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London; v. e. *Los derechos en serio*, M. Guastavino (trad.), Ariel, Barcelona, 1984.
Dworkin, R. (1986), *Law's Empire*, Fontana, London.
Esser, J. (1956), *Grundsatz und Norm in der richterlichen Forbildung des Privatrechts*, J. C. B. Mohr, Tübingen; v. e. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado,* E. Valentí Fiol (trad.), Bosch, Barcelona, 1961.
García de Enterria, E. (1963), «Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho en el Derecho administrativo»: *Revista de Administración Pública 40*; también en Id., *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Civitas, Madrid, 1984.
Gianformaggio, L. (1986), «L'interpretazione della costituzione, tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi», en Id., *Studi sulla giustificazione giuridica*, Giappicheli, Turín.
Guastini, R. (1990), «Principi di diritto», en *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, Turín.
Hart, H. L. A. (1961), *The Concept of Law*, Oxford University Press; v. e. *El concepto de Derecho*, G. Carrió (trad.), Editora Nacional, México, [2]1980.
Hart, H. L. A. (1982), «Commands and Authoritative Legal Reasons», en Id., *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, Clarendon, Oxford.
Igartua, J. (1986), «Sobre "principios" y "positivismo legalista"»: *Revista Vasca de Administración Pública.*
Lukes, S. (1974), *Power. A Radical View*, MacMillan, London; v. e. *El poder. Un enfoque radical*, J. Deike (trad.), Siglo XXI, Madrid, 1985.
MacCormick, N. D. (1978), *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon, Oxford.
Peces-Barba, G. (1984), *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid.
Peczenik, A. (1971), «Principles of Law. The Search for Legal Theory»: *Rechtstheorie 2.*
Peczenik, A. (1992), «Los principios jurídicos según Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero»: *Doxa 12.*
Pintore, A. (1982), *Norme e principî. Una critica a Dworkin*, Giuffrè, Milano.

Prieto Sanchis, L. (1985), «Teoría del Derecho y filosofía política en Ronald Dworkin»: *Revista Española de Derecho Constitucional* 14.
Prieto Sanchis, L. (1992), *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
Puigpelat, F. (1990), «Principios y normas»: *Anuario de derechos humanos* 6.
Raz, J. (1984), «Legal Principles and the Limits of Law», en M. Cohen (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, Duckworth, London.
Raz, J. (^{2}1990), *Practical Reason and Norms*, Princeton University Press; v. e. *Razón práctica y normas*, J. Ruiz Manero (trad.), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
Ruiz Manero, J. (1990), *Jurisdicción y normas. Dos estudios sobre función jurisdiccional y teoría del Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
Summers, R. S. (1978), «Two Types of Substantive Reasons»: en *Cornell Law Review* 63.

SISTEMA JURÍDICO

Ricardo Caracciolo

I. INTRODUCCIÓN

En las consideraciones teóricas o prácticas de carácter jurídico se asume generalmente un cierto presupuesto básico, a saber, que «derecho» es un término de clase que sirve para mencionar conjuntos de normas y que a cada comunidad política, *i.e.* a cada estado, le corresponde uno de tales conjuntos (lo que no significa que no pueda hablarse de derecho y, en este sentido, de conjuntos normativos, en relación a comunidades más restringidas o más amplias que un estado). Pero típicamente, lo que está en juego en ese presupuesto es lo que, de manera imprecisa, suele denominarse «derecho nacional» o «estatal». Se supone que la *unidad* del conjunto denominado, por ejemplo, el derecho D de la comunidad C depende de las relaciones que existen entre las normas que la componen. De esta manera, se introduce la idea de que no se trata de una colección de elementos inconexos sino que constituye un sistema (o más débilmente, que puede ser reconstruido o representado como un sistema), esto es, que constituye un conjunto *más* una cierta relación, al que se denomina *sistema jurídico* (o también «orden jurídico»). Consecuentemente, se admite que a cada comunidad política le corresponde *un* sistema jurídico u orden jurídico. En el contexto del discurso jurídico habitual, esta expresión se usa acríticamente de manera intercambiable con «derecho» y funciona también como un término de clase. Lo que habilita a formar una clase es la tesis adicional según la cual tales conjuntos comparten una estructura peculiar o, lo que es lo mismo, que se puede indicar un tipo o tipos de relaciones entre normas que son distintivas de los sistemas jurídicos.

Este presupuesto tiene de hecho consecuencias que, en gran parte, se aceptan a título de meras trivialidades. Una de ellas es que las proposiciones teóricas que se refieran al derecho son, en cualquier caso,

afirmaciones relativizadas a un definido sistema jurídico. Otra, de carácter práctico, consiste en postular que las decisiones jurídicas, v.g., las decisiones de los jueces, sólo se justifican jurídicamente en relación a un determinado sistema jurídico, esto es, al que concede competencia para adoptar la específica decisión de ese tipo, aunque una norma con el *mismo* contenido que se invoca como su fundamento pueda integrar otro sistema (Caracciolo, 1988b; Bulygin, 1991a). De manera general, el presupuesto conduce a que las propiedades predicables de un sistema jurídico son también pensadas como propiedades de un miembro del conjunto «derecho», y viceversa. Ello vale especialmente para las propiedades sistemáticas de completitud, consistencia e independencia con las que se asocian los problemas de lagunas, antinomias y redundancias en el derecho.

II. SISTEMA Y RACIONALIDAD

Esta forma de concebir el derecho no se vincula sólo con la efectiva posibilidad de distinguir temporal y espacialmente mediante algún criterio diversos órdenes jurídicos. La presentación sistemática de un conjunto de normas le concede ciertos rasgos de racionalidad. Un conjunto asistemático sería, en algún modo, irracional. En este sentido, la concepción racionalista clásica acerca del derecho natural trasladó a su objeto ideal los patrones de racionalidad admitidos entonces para el producto cognoscitivo de la ciencia. El «derecho natural» fue pensado como un sistema deductivo construido a partir de normas consideradas válidas o verdaderas en forma autoevidente. Esto es, como un conjunto vinculado por la relación de inferencia lógica, al igual que las proposiciones de una teoría. Puede admitirse que la extrapolación de la idea de racionalidad sistemática al derecho positivo tiene lugar desde otro punto de vista. Esto es, en el momento en que se considera que se siguen criterios de comportamiento racional en la producción del material normativo, a la vez que la atención supuestamente teórica se dirige a describir *sistemáticamente* ese material, especulación que asume la forma de la denominada «ciencia jurídica dogmática» (Vernengo, 1986; Calsamiglia, 1986). Semejante proceso corresponde al tipo de control social del comportamiento que Max Weber denominó «dominación burocrática racional», caracterizado porque se ejercita mediante pautas normativas generales que habilitan la predicción de las circunstancias en que se va a utilizar la coacción que define el dominio o en las que se van a producir los cambios normativos. Lo que vendría a posibilitar que el entorno social se torne previsible y se reduzca la incertidumbre (Weber, 1984). Como las caras de una misma moneda, la racionalidad del legislador —del «creador» de las normas— significa, por un lado, *i)* que la actividad de formular las normas es sistemática, *i.e.* sigue pautas preestablecidas, y por el otro, *ii)* que el producto —el derecho— constituye un sistema.

Si se admite *i*) la identificación del derecho con un sistema (en rigor, un específico «derecho» con un «sistema» definido y con definidas características) y *ii*) la adjudicación de esa condición a un tipo de comportamiento del legislador, surge la pregunta de cuál puede ser el papel de la actividad teórica de la dogmática jurídica, a la que también se atribuye la función de racionalizar el material normativo sometido a su conocimiento. En sentido estricto, parece que de acuerdo con *i*) y *ii*), el *hecho* de que el derecho constituya un sistema es una especie de dato que hay que describir. Los juristas aceptan en este sentido, por ejemplo, que el orden jerárquico postulado entre diversas clases de normas es un tipo de propiedad «objetiva» del material normativo creado por el legislador. La afirmación de que el carácter sistemático es inmanente al derecho revela un uso *ontológico* ingenuo de la noción de «sistema», que no advierte que la propia noción de «legislador» tiene ineludibles componentes teóricos. Pero una versión refinada del uso ontológico aparece de otra manera. Ello es así cuando en *i*) la noción de sistema se *usa* para identificar el derecho, esto es, cuando la *pertenencia* a un sistema es una condición para reconocer normas jurídicas y además en *ii*) se asume que *existen* los sistemas jurídicos, porque se identifican con el derecho existente.

En grados diversos y sin demasiada claridad se admite, a veces simultáneamente, una versión que puede llamarse *epistemológica*, según la cual las representaciones sistemáticas de conjuntos normativos, esto es, los productos de la actividad de *sistematización*, consisten en reconstruciones teórico-conceptuales de un material identificado previamente como «derecho», mediante la utilización de *otro* criterio conceptual (esta ambigüedad de la noción de sistema jurídico se discute en Vernengo, 1991). La cuestión es aquí la de saber cuál es la relación entre la representación sistemática y el material que se sistematiza, y si se pueden proponer diversos sistemas que correspondan a un mismo material. Una cierta concepción asume que, en la práctica, esa actividad resulta en todo caso en una transformación del material originario porque, precisamente, está dirigida a asegurar al menos la consistencia del derecho y, por lo tanto, su *racionalidad* (Vernengo, 1986; Aarnio, 1986).

III. SISTEMA Y LENGUAJE

Dado que un sistema se visualiza como un conjunto de elementos que satisfacen una determinada relación, su identidad depende tanto de la identidad de los componentes del conjunto, como del tipo de relación que se proponga y de las relaciones que lo definen como un específico sistema. Entonces, un sistema «cambia» cuando se altera el conjunto o cuando se alteran esas relaciones. Puede admitirse que el «material normativo» constituye el conjunto que tiene que ser sistematizado (al que Alchourrón [1986] denomina «sistema básico»), y, por consiguien-

te, la primera cuestión tiene que ver con la naturaleza e identificación de ese material. En la concepción corriente de los sistemas jurídicos, el material (los «elementos» del sistema) está constituido por expresiones lingüísticas calificadas como «normas» (aunque puedan incluir también «definiciones» y «principios»), lo que justifica su inclusión en la clase de los sistemas normativos. En este sentido, un sistema jurídico se asemeja a un sistema teórico porque constituye un sistema lingüístico, pero se diferencia por sus relaciones con los hechos, *i.e.* con la realidad extralingüística: se supone que las normas se dirigen a regularlos y las proposiciones de una teoría factual, a describirlos.

La pregunta siguiente en la identificación del «material» es la de saber si las «normas» que componen el sistema tienen que ser asimiladas a las meras formulaciones, esto es, a expresiones caracterizadas por una cierta forma sintáctica o, más bien, se identifican con el *significado* de esas formulaciones. No obstante, no hay duda de que la información «normativa», *i.e.* el criterio para discriminar las conductas calificadas normativamente, es una función del sentido de un lenguaje. Por lo tanto, si las normas *constituyen* esa información un sistema «jurídico» tiene que ser, en primer lugar, un conjunto de expresiones «interpretadas», o lo que es lo mismo, dotadas de un cierto significado (Alchourrón, 1986; Bulygin, 1991b).

Como se supone que la modificación de esa «información» con la que se identifica el derecho constituye una actividad «creativa» es, normalmente, asignada al legislador. Para que la actividad teórica respete este supuesto es preciso que: *i*) la identificación de esa información, *i.e.* de las normas promulgadas, se considere un paso previo a su sistematización; *ii*) cada presentación sistemática conserve esa información (Alchourrón, 1986). Precisamente, se puede entender que la tesis según la cual una representación sistemática del derecho no puede constituir un resultado neutral, está sustentada en un cierto escepticismo acerca de la posibilidad de identificar el sentido del material normativo con independencia de una elección entre alternativas de sistematización, esto es, entre diversas maneras de organizar un material lingüístico. Esto sucede si se entiende que: *i*) las «normas» son construcciones discrecionales elaboradas a partir de ciertos textos (Mazzarese, 1991b) y *ii*) cualquier cambio en la presentación sistemática implica una elección acerca del «significado» del material originario (Aarnio, 1986).

IV. SISTEMA Y ONTOLOGÍA

Es obvio que ante una discusión de este tipo (que permanece abierta) no es nada clara la cuestión de saber cuál es el conjunto normativo al que hay que denominar «derecho» porque parece que, de acuerdo a este último tipo de escepticismo, la información normativa resulta —al menos parcialmente— de una actividad interpretativa. Sin embargo, tesis como

ésta no ponen *directamente* en cuestión la idea de que el derecho constituye un sistema. Más bien, lo que se sigue es que no parece posible distinguir la identificación de normas de su sistematización, porque se supone una *básica indeterminación semántica* del material normativo. Pero la asimilación también se mantiene si se acuerda que las normas sólo «existen» si *pertenecen* a un sistema, conforme, por ejemplo, al núcleo de la propuesta epistemológica de la teoría pura del derecho de Hans Kelsen. Aquí, identificar una norma no sólo requiere la elucidación de contenidos significativos de un lenguaje sino, además, contestar la pregunta acerca de cuál es el sistema del que forma parte. La posibilidad de elaboración sistemática del material normativo fue presentada por Kelsen como la condición de posibilidad del conocimiento de normas (1986). El paso siguiente de su concepción fue la postulación de una ontología que adjudica a las normas y a los sistemas normativos un modo de existencia ideal, distinto de la existencia empírica de los actos de promulgación y de cumplimiento de las normas, con los que, sin embargo, se vinculan de una manera decisiva. No obstante, el uso del cuantificador existencial con respecto a los «sistemas normativos» no se limita a los que aceptan esa ontología que define la versión kelseniana del derecho. Desde otro punto de vista, en la otra influyente teoría del presente siglo, la que Hart presenta en *El concepto de Derecho*, la cuestión de la existencia de los sistemas jurídicos es, asimismo, una parte primordial de la propuesta (Hart, 1982; Raz, 1986). Se trata, por supuesto, del resultado de asimilar el derecho de una comunidad, de cuya «existencia» no se duda, a un sistema. En el lenguaje de la asimilación, ello se muestra porque se habla del comienzo y fin de la existencia de los sistemas normativos, o de cambios que no alteran esa existencia, como si se tratara de eventos que se localizan en el tiempo y en el espacio. Con ello se procura dar cuenta de la «dimensión empírica del derecho» (Hart, 1982; Raz, 1986; Moreso y Navarro 1993).

Sin embargo, se trata sólo de una manera de hablar que conduce frecuentemente a confusiones entre distintos tipos de problemas. De la misma manera que las «normas» entendidas como «significados» carecen de dimensiones empíricas (Hartney, 1993), tampoco los conjuntos (y, por consiguiente, los sistemas), aunque se admita una especial ontología a su respecto, se ubican en el espacio y en el tiempo: sólo pueden ser tratados como entidades abstractas, y por ello su «existencia» es ideal y no empírica (Strawson, 1985). Por lo tanto, no «cambian» por el transcurso del tiempo ni son afectados por hecho alguno. Ello quiere decir que cuando se menciona la «existencia empírica» del derecho es inevitable que se modifique la referencia del término «derecho». Efectivamente éste es el caso cuando lo que se tiene en cuenta para ello es el *uso* de las expresiones lingüísticas en ciertos actos, *i.e.* de promulgación y derogación de normas, o (como en Hart) la *aceptación* de normas, esto es, la existencia empírica de ciertas actitudes críticas en relación a determinados contenidos significativos.

En rigor, lo que se encuentra encubierto en el lenguaje acerca de la «existencia» de un sistema jurídico es lo siguiente: un cierto conjunto C (las normas que componen C) se asocia a un espacio y a un tiempo definidos, *i.e.* se le asignan parámetros espaciales y temporales. Para ello, el criterio consiste en la ocurrencia de hechos, a los que una consideración teórica asume como condiciones para proceder a una operación intelectual. Pero el conjunto asociado a un espacio E y con un tiempo T no comienza a existir ni deja de existir (cf. Alchourrón y Bulygin, 1991b): lo único que ocurre en la dimensión espacio-temporal son determinados sucesos empíricos, ya sean conductas lingüísticas o no lingüísticas, ya sean creencias o actitudes de determinados individuos. Esto habilita a distinguir dos tipos de preguntas: *i*) la empírica, que versa acerca de la ocurrencia de los hechos considerados teóricamente relevantes, que funciona como un criterio para incorporar normas a un conjunto C, y *ii*) la de saber si un conjunto C1 constituye un sistema. Esta última requiere un *concepto* de sistema, esto es, la definición de una cierta relación. Como cualquier definición de este tipo suministra un criterio de *pertenencia*, en principio nada garantiza que C1 constituya el mismo conjunto C, esto es, el integrado por las que satisfacen un criterio empírico de «existencia» del derecho, y lo mismo es cierto en la dirección inversa. De nuevo, en esta dicotomía se presenta el problema de saber cuál es, finalmente, el conjunto al que hay que denominar «derecho», porque para ello hay que elegir entre el conjunto C y el conjunto C1.

V. CRITERIOS DE PERTENENCIA

Para construir un sistema normativo S es preciso indicar una relación R sobre un conjunto de normas, la que define su estructura. Algunas de las normas pertenecen al sistema si, y sólo si, satisfacen la relación R con normas que *también* pertenecen a S. Éstas pueden denominarse las normas *dependientes* de S, porque su pertenencia depende de la pertenencia a S de esas otras normas. Es más, mostrar que, por ejemplo, N satisface la relación sistemática con N1 equivale a mostrar que ambas pertenecen al mismo sistema y que, al menos, N es dependiente en *ese* sistema. Esta idea reproduce el núcleo de la mayoría de las propuestas relativas a la noción de «sistema jurídico». Pero lo que, a veces, no se pone en claro es que, si se trata de conjuntos finitos, es imposible que *todas* las normas que pertenecen a un sistema satisfagan la relación sistemática: las que no la satisfacen pueden denominarse las normas *independientes* de S, en el sentido de que su incorporación al sistema no depende de la pertenencia de otras normas y se decide discrecionalmente (Caracciolo, 1988a). Ello sólo significa que, si existe algún criterio para esa decisión, sólo puede ser extrasistemático, *i.e.* no puede ser la satisfacción de la relación R con alguna norma y que, en verdad, su identificación, más la definición de la relación R, suministra

el punto de partida necesario y suficiente para determinar el conjunto que constituye un sistema. En la literatura sobre los sistemas normativos, se proponen categorías conceptuales, v.g., las «normas fundamental» (Kelsen), «regla de reconocimiento» (Hart) y «norma soberana» (Von Wright), que parecen reproducir la idea de «norma independiente». Pero como se verá más abajo, esta asimilación es a veces imprecisa o discutible.

Para reproducir o representar la estructura de los sistemas normativos, es decir, la que se refiere a la definición de la relación de pertenencia de las normas dependientes, se discuten especialmente dos criterios que pueden denominarse de «deductibilidad», y «legalidad» (Caracciolo, 1988a; Bulygin, 1991c; Moreso y Navarro, 1993). De acuerdo con el primero, pertenecen a un sistema S todas las normas que se deducen lógicamente de otras normas (dependientes o independientes) que *también* pertenecen a S. Con arreglo al segundo, pertenecen al sistema S todas las normas cuya «promulgación» o formulación, esto es, la realización de ciertos actos por individuos definidos, han sido autorizados por otras normas (dependientes o independientes) que *también* pertenecen a S. Cada uno de estos criterios suministran un *modelo* de pertenencia que se corresponde con los que Kelsen denominó «sistema estático» y «sistema dinámico», respectivamente (1986). La cuestión que se puede formular es, entonces, la de saber de qué manera se pueden combinar para representar la estructura de los sistemas jurídicos. El mismo Kelsen sugirió que el derecho constituye, en este sentido, un sistema «mixto» (1986; sobre esta cuestión, cf. Caracciolo, 1988b; Mazzarese, 1991a)

VI. SISTEMAS ESTÁTICOS

Los sistemas normativos «estáticos» son sistemas deductivos. La presentación más rigurosa y original de las cuestiones involucradas en la elaboración de un sistema normativo de este tipo aparece en *Introducción de la Metodología de las Ciencias Jurídicas* (Alchourrón y Bulygin, 1975). Se propone allí una reconstrucción conceptual de la actividad de sistematización que se atribuye a los juristas. En este sentido, un «sistema» es el resultado de una actividad teórica. En rigor, de lo que se trata es de un modelo general de «sistema normativo», con respecto al cual un «sistema jurídico» es un caso especial. Esta actividad consiste, según Alchourrón y Bulygin, en *i*) exhibir las consecuencias lógicas de un conjunto de expresiones C entre las que tiene que haber al menos una «norma» para que se obtengan algunas consecuencias normativas. Todas las consecuencias lógicas de C constituyen un sistema S; *ii*) reformular el conjunto, de manera de tornarlo más manejable en la práctica. Ello consiste en cambiar C por otro conjunto C1 que, por ejemplo, incluya principios o normas más generales que C. Enton-

ces, se obtiene otro sistema S1. Si se presupone la neutralidad con respecto a las normas del conjunto originario, la sistematización tendría que estar limitada por la condición de que S y S1 se definan por las *mismas* consecuencias lógicas. Precisamente, la posibilidad de cumplimiento de esta condición es lo que se pone en tela de juicio en la discusión mencionada anteriormente. De todos modos, no podría haber controversia respecto a que un sistema deductivo S se *define* (esto es, las consecuencias lógicas se determinan) por *i*) el conjunto C elegido, esto es, la base del sistema (las normas independientes de S), y *ii*) las reglas de inferencia. La sustitución de cualquiera de ambos elementos *puede* (aunque no necesariamente) conducir a otro sistema, *i.e.* a otras consecuencias lógico-normativas.

Como cualquier conjunto de normas *determina* el conjunto de sus consecuencias lógicas, cualquier conjunto *constituye* un sistema deductivo (Alchourrón, 1986; Vernengo, 1986). Ello permite dar cuenta del hecho de que, en la práctica, la elección de la base de un sistema (las normas independientes) es una función del problema normativo que se quiere resolver: los juristas trabajan entonces con conjuntos de normas limitados, esto es, eligen como punto de partida de la sistematización sólo las normas que consideran relevantes. Si hay normas jurídicas en la base, puede decirse que determinan un *sistema jurídico parcial* S1 (Alchourrón y Martino, 1991). Pero ello es así únicamente en el caso en que satisfacen, a su vez, otro criterio que define la condición de «norma jurídica» (Alchourrón y Bulygin, 1975). Ello permite reestablecer la idea de un *sistema jurídico global* al que se asimila el derecho de una comunidad (Alchourrón y Martino, 1991) y la vinculación de ambos criterios sistemáticos, si es que tales normas tienen que satisfacer o bien el criterio de «legalidad» o bien el de deductibilidad. Es decir, un sistema es un sistema jurídico parcial si sus normas independientes son dependientes en un sistema jurídico global, cuyo contenido total no es preciso explicitar al resolver problemas específicos. En términos deductivos, ello significa que un sistema de este último tipo se define por todas las consecuencias de un conjunto de «normas independientes» (las normas «últimas» de un sistema jurídico global S) las que, por definición, sólo pueden seleccionarse utilizando un criterio extrasistemático. De hecho, Alchourrón y Bulygin insisten que esta cuestión es empírica, lo que significa que se resuelve con criterios empíricos (1975).

Pero para que sea posible la elaboración de un sistema deductivo, es necesario admitir relaciones lógicas entre normas. Para los que niegan esa posibilidad, como es el caso paradigmático del último Kelsen (Kelsen, 1991; Mazzarese, 1991a), el contenido de un derecho no puede ser reconstruido usando el criterio de «deductibilidad», porque éste supone la relación lógica de implicación. Las consecuencias lógicas de un conjunto de normas no pueden formar parte del derecho, porque no hay consecuencias lógicas de normas. Pero la opinión inversa no es necesaria. Se puede admitir que son posibles las relaciones lógicas nor-

mativas y negar que el criterio de «deductibilidad» indique una condición suficiente de pertenencia a un sistema jurídico. Por ejemplo, últimamente Von Wrigth afirma que la mera constatación de que una norma N se infiere de otras normas cuya «existencia» se admite, no significa que N también «exista» (Von Wright, 1991). Lo que puede interpretarse en el sentido de que la satisfación de otro criterio, v.g., el criterio de «legalidad», es condición necesaria para la *pertenencia* de N al conjunto denominado «derecho». Ello muestra el carácter teórico de la decisión de representar el derecho como un sistema deductivo, la que no depende solamente de la cuestión relativa a la posibilidad de una lógica de normas. Si se la adopta, las consecuencias lógicas tienen el carácter de normas jurídicas dependientes y la sistematización se dirige a mostrar cuáles son. El cualquier caso, ella es incompatible con cualquier teoría del derecho que exiga la correlación de *todos* los contenidos normativos con el contenido de las intenciones de determinados individuos denominados «el legislador» (como es el caso en Kelsen, 1991).

VII. SISTEMAS DINÁMICOS

Un sistema dinámico es para Kelsen uno cuyos componentes se determinan utilizando el criterio de «legalidad». Sus normas independientes tienen que contener autorizaciones para la promulgación de otras normas y no es necesario que exijan, además, un definido contenido a las normas dependientes, *i.e.* a las que se incorporan al conjunto *porque* han sido formuladas por los individuos autorizados. En rigor, la incorporación al sistema dinámico S de una norma cualquiera N no sólo depende de la pertenencia de otra norma N1 que autoriza su formulación, sino también de que efectivamente se lleve a cabo el acto en cuestión. El criterio de legalidad suministra, a su vez, una pauta para *ordenar jerárquicamente* las normas que componen el sistema: de acuerdo con ella, puede decirse que una norma N es «superior» a otra N1 en el caso de que N autorice la promulgación de N1 y, a su vez, N1 será «superior» a N2 si autoriza la formulación de N2. Sucesivos actos autorizados habilitan a incorporar al sistema normas que se «ramifican» en distintas direcciones en la forma que Von Wrigth denominó «cadenas de subordinación», compuestas por normas cuyos actos de formulación han sido autorizados inmediatamente por la norma superior N que le precede en la jerarquía y mediatamente por las que son superiores a N (Von Wright, 1970). Como las cadenas de subordinación son finitas, culminan en una norma «soberana» cuya promulgación carece de autorización normativa, y todas aquellas que concluyen en la *misma* norma soberana constituyen un sistema normativo. Esta imagen conceptual puede ser una de las maneras posibles de representar el carácter estratificado que usualmente se adjudica a los sistemas jurídicos, conforme al cual una constitución tiene primacía sobre las normas que se originan en los actos de

las legislaturas ordinarias y éstas, a su vez, sobre las emitidas por autoridades administrativas.

Si se incluyen los actos de derogación, otro rasgo del derecho que aparentemente es posible captar con la idea de un sistema dinámico, es el hecho de que conserva su identidad a pesar de que «cambia» como consecuencia de la incorporación de otras normas cada vez que se realiza un acto de promulgación, o porque se eliminan las normas que se derogan. Aquí, la afirmación de que el sistema jurídico con el que se identifica un definido derecho *cambia* no quiere decir otra cosa que otro conjunto normativo es asociado al momento posterior a la ocurrencia de esos actos. Cada conjunto de este tipo que se vincula con diferentes parámetros temporales constituye lo que Raz denomina *sistemas momentáneos*, mientras que los *sistemas no momentáneos*, que permanecen constantes a pesar de las modificaciones en los contenidos normativos, *podrían* asimilarse a los sistemas dinámicos (Raz, 1986). Sin embargo, el propio concepto de un sistema dinámico o de un sistema no momentáneo es problemático, porque cada norma que se agrega o se elimina de un conjunto C, de acuerdo al propio criterio de «legalidad», tiene como resultado *otro* conjunto C1 distinto de C y, por consiguiente, otro sistema normativo. Raz también sugiere la posibilidad de pensar la relación entre un sistema no momentáneo y los distintos conjuntos normativos que se ubican en tiempos diferentes, en términos de la relación de *inclusión* entre conjuntos de normas: cada sistema momentáneo sería así un subconjunto del conjunto identificado con un sistema jurídico no momentáneo, lo que podría preservar la idea de que éstos son sistemas dinámicos en el sentido de Kelsen. La tesis es que, con ello, se mantiene la identidad del derecho —un sistema jurídico dinámico— mientras que simultáneamente se da cuenta de sus cambios (Moreso y Navarro, 1993). Sin embargo, esta propuesta no es sostenible porque, de nuevo, cada alteración de un subconjunto C (un sistema momentáneo), por ejemplo, cuando se deroga una norma N que pertenece a C, implica alterar también el conjunto C1 (un sistema no momentáneo) que *incluye* a C. Por consiguiente, se tiene la siguiente alternativa: o bien «cambian» los sistemas momentáneos y *también* «cambia» el sistema no momentáneo, lo que contradice la propia noción de «sistema no momentáneo», o bien este último mantiene su identidad, pero entonces ningún cambio es admisible.

Lo que muestra que si se quiere representar conceptualmente las modificaciones del derecho que se asocian a los actos de promulgación y derogación, hay que recurrir a un concepto diferente del de un sistema que permanece constante. En verdad, Alchourrón y Bulygin propusieron denominar *orden jurídico* a un serie temporal (conjuntos asociados a momentos diferentes) de sucesivos sistemas normativos. Un orden jurídico (o un «sistema no momentáneo», en la terminología de Raz) no es así un único sistema sino un conjunto de sistemas (Alchourrón y Bulygin, 1991c). El punto de origen de un orden jurídico entendido de

esta forma se encuentra en un conjunto inicial que Bulygin denomina «constitución originaria» (Bulygin, 1991c). La cuestión que subsiste es, entonces, relativa al criterio de identidad de la serie que constituye cada orden jurídico. La respuesta también depende de una definida propuesta teórica, y tienen que proponerse criterios que son *externos* al orden, en el sentido que prescinden del criterio de «legalidad», a los que J. Raz denominó criterios *materiales*. En este sentido, en un trabajo reciente se elabora la alternativa de asociar la sustitución de una serie de sistemas por otra con el cambio de un régimen político, como una manera de explicar el *significado* político que, usualmente, se vincula con la alteración de un orden jurídico (Vilajosana, 1993).

VIII. NORMAS BÁSICAS

El problema de la identidad se vincula a una convicción común en las elaboraciones relativas a la noción de «sistema jurídico». A pesar de la variedad de denominaciones, se supone que *una norma básica* tiene que postularse para cada conjunto normativo que constituya un sistema de este tipo (Eckhoff y Sundby, 1975). Según esta idea, todas las demás componentes de un sistema S se vinculan de manera directa o indirecta con la norma básica NB de S. De manera que esta postulación suministra un criterio para *i*) determinar la pertenencia de una norma N a S, y *ii*) asegurar la *unidad* de S (Kelsen, 1986; Eckhoff y Sundby, 1975). Desde este punto de vista, la identificación de una norma básica NB es una condición necesaria para identificar S. No obstante, varias cuestiones distintas se encuentran detrás de esta terminología y, por consiguiente, con este concepto se intenta captar normas a las que se asignan funciones diferentes.

En primer lugar, la *normas básicas* parecen jugar el papel de las *normas independientes* de los sistemas jurídicos. Ciertamente, como se ha indicado, la identificación de normas de este tipo es un requisito sin el cual un conjunto finito no se puede estructurar como un sistema. Pero como su elección es discrecional, nada impide que un sistema se construya a partir de varias normas independientes. Por el contrario, como lo muestran los casos de Hart y de Kelsen, se piensa que para cada sistema corresponde *una* norma básica. Otro dato que señala una diferencia es que las normas independientes de un sistema S *pertenecen* por definición a S, mientras no es nada claro lo que sucede con los tipos de normas básicas propuestas en la literatura. En este sentido, la «norma soberana» de Von Wright cumple este requisito para constituir una norma independiente: su creación no ha sido autorizada por otra norma del sistema ni (presumiblemente) se deriva lógicamente de otras normas. Pero Von Wright también impone la condición (que no se sigue de la noción de norma «independiente») de que «exista» para cada sistema sólo una norma soberana (1970).

En segundo lugar, la exigencia de una única norma básica puede explicarse porque se la identifica con una primera constitución, o constitución originaria. Usualmente, se afirma que semejante tipo de norma constituye el fundamento de un sistema jurídico. Esta idea tiene que reformularse con la introducción de la distinción entre sistemas momentáneos (estáticos) y un orden jurídico, en el sentido indicado precedentemente, porque esa constitución *puede* no pertenecer a todos los sistemas de la serie si es el caso que ha sido sustituida por otra. Por consiguiente, no puede identificarse con las normas independientes de los sistemas sucesivos al momento de su sustitución. Cabe la posibilidad de sostener que una constitución originaria constituye el «fundamento» de un orden jurídico. Pero entonces si, en el esquema de un orden jurídico entendido como un conjunto de sistemas sucesivos, se presupone que la constitución originaria *pertenece* a la serie, se la piensa como el *conjunto originario* (aunque sea unitario) que define ese orden jurídico (cf. Bulygin, 1991c) y no como la norma independiente de un sistema.

En tercer lugar, se ha propuesto que algunas de las normas básicas se pueden entender como *reglas conceptuales*. Especialmente para ello se han tomado en cuenta las nociones de «norma fundamental» y de «regla de reconocimiento», que forman el núcleo de las teorías de Kelsen y de Hart, respectivamente. El carácter metalingüístico de tales normas en relación a las demás que componen un sistema, proporciona un indicio para avanzar en esa interpretación. En el caso de Kelsen, se puede entender que el contenido que se atribuye a la «norma fundamental» de un sistema S, a saber, que se debe obedecer la constitución de S sólo en el caso en que es eficaz, *define* las condiciones en las que una específica norma tiene que admitirse como la norma independiente de S o, alternativamente, como el conjunto originario de un orden jurídico (Alchourrón y Martino, 1991). Para Hart, la regla de reconocimiento de S es, precisamente, la que establece los *criterios* que tiene que satisfacer una norma para pertenecer a S y todas las que satisfacen los indicados por esa regla de reconocimiento pertenecen a S. Es decir, semejante regla parece cumplir la función de *definir* el sistema S porque determina su contenido (en este sentido, ha sido interpretada en Bulygin 1991c). Si ello es así, como un criterio conceptual es necesario para identificar un sistema, no se puede prescindir de «normas básicas» si se las entiende como reglas conceptuales. No obstante, en la medida en que cumplen esa función, la denominación es engañosa porque no son normas, y tampoco *pertenecen* al sistema que definen.

Por último, las «normas básicas» son asimiladas a *metanormas*. Los mismos casos de Kelsen y Hart sirven para ilustrar esta alternativa. Así, de acuerdo a la explícita explicación kelseniana, la «norma fundamental» (una norma presupuesta o ficticia) de un S *prescribe* la obediencia a la constitución y a las normas promulgadas en virtud de las facultades conferidas por ella. La presuposición de esta norma básica es, para Kelsen, una condición para que la misma constitución adquiera el carácter

de «norma» y, por consiguiente, para que un conjunto de formulaciones pueda ser pensado como un sistema normativo. Por otro lado, de acuerdo con la interpretación estándar de la noción de «regla de reconocimiento», ésta tiene la función de *prescribir*, especialmente a los jueces, la aplicación de las normas identificadas con los criterios conceptuales que la propia regla determina (Ruiz Manero, 1990). Lo que significa que prescribe la aplicación del sistema. Bajo esta forma de concebirlas, las «normas básicas» son metalingüísticas y, por lo tanto, no pertenecen al sistema al que se refieren. Pero el concepto de «sistema» no requiere metanormas de este tipo, cualquiera sea el carácter que se les adjudique. Otra cuestión es si ese requisito resulta de una determinada noción de «norma».

IX. FUNCIONES

Es posible admitir que gran parte de las discusiones relativas a la noción de «sistema jurídico» han sido provocadas precisamente por la indeterminación de la función que a éste se le adjudica. Porque cuando es el caso de que, por la «naturaleza» de los componentes de un sistema jurídico, se insiste en la necesidad de postular una metanorma, cumple una función *normativa*, a saber, la de imponer que las normas que satisfacen un criterio sistemático, *i.e.* las que *pertenecen* a un determinado sistema, son las que se *deben* obedecer y aplicar en la práctica. Como un sistema se identifica por las normas que lo constituyen, el uso normativo está también habitualmente dirigido a insistir en que aquellas que resultan de una definida interpretación son las que pertenecen al sistema que se *debe* obedecer, aplicar o aceptar. Gran parte de las controversias relativas, por ejemplo, a la cuestión de saber si una norma es o no «inconstitucional», versan acerca de la identidad del sistema privilegiado por la metanorma básica. Se puede suponer —como se indica con frecuencia— que la función normativa refleja el punto de vista del usuario de las normas, del que las utiliza para guiar y evaluar el comportamiento (Ruiz Manero, 1990). Desde esta perspectiva, es posible interpretar que esas controversias no cuestionan la idea de asimilar el derecho D con un «sistema», sino más bien la aplicación de ese criterio conceptual en relación con un definido conjunto de normas.

Otra función es *teórica* si es que, entonces, suministra un esquema conceptual para identificar el contenido de un determinado derecho. En rigor, la reconstrucción sistemática del conjunto normativo C *sólo* funciona normativamente si se agrega una metanorma. Pero la identificación de C es *independiente* de un requerimiento normativo dirigido a todo el conjunto. Sin embargo, la función conceptual también es problemática. La noción de «orden jurídico» permite elaborar un *modelo* acerca de la manera en que se producen las normas cuando el «legisla-

dor» actúa sistemáticamente en el sentido indicado por Max Weber. Es verdad que parece que la construcción se restringe a las normas «producidas» o «eliminadas» por los actos deliberados con los que se asocia la legislación (una crítica basada en esa insuficiencia en Moreso y Navarro, 1993). No obstante, completarlo para dar cuenta de otras «fuentes» del derecho no parece especialmente difícil. Más bien, la cuestión es que, cuando se lo usa como esquema conceptual, *define* cuáles son los conjuntos normativos a los que hay que asociar con una localización espacial y temporal. La identificación de una «constitución originaria» pone en funcionamiento el modelo en un tiempo T y un espacio E y, a partir de allí, los únicos hechos relevantes que se admiten son los actos de promulgación y derogación, *i.e.* actos calificados normativamente. En términos del modelo, ningún «cambio» ilegal del derecho es posible por *definición* y, por lo tanto, no hay manera de que se altere la serie. El esquema se completa al admitir que las consecuencias lógicas de las normas promulgadas *también* pertenecen al derecho (Bulygin, 1991c). Pero ocurre que, de hecho, como se indicó anteriormente, cuando se trata de la «existencia empírica» del derecho, se proponen *otros* criterios de identificación, por ejemplo, el criterio que indica la práctica de aceptación de normas. Seguramente, como lo ilustra el caso de las «normas inconstitucionales», se tendrán conflictos de criterios porque no hay manera de asegurar que las normas «aceptadas», «vigentes» o «eficaces» se correspondan con el modelo (Guibourg, 1986). En cualquier caso, si se está dispuesto a admitir normas que no lo satisfacen, entonces no se lo usa como un esquema definicional.

Otra alternativa es posible con respecto a la función cognoscitiva del concepto de sistema jurídico. La idea de Hart, según la cual los usuarios del derecho *aceptan* normas que satisfacen ciertos criterios de identificación permite separar los hechos en que consiste la aceptación, de los criterios que satisfacen las normas que se aceptan. La noción de sistema puede ser utilizada, entonces, para *reconstruir* el conjunto normativo al que hay que denominar el derecho D, bajo la hipótesis de acuerdo con la cual los aceptantes de sus normas son consistentes en el uso de esos criterios conceptuales. En este caso, las nociones de sistema y de orden jurídico suministran los criterios para elaborar el conjunto normativo que funciona como un modelo teórico, esto es, como una *idealización* de los resultados eventuales de una práctica de identificación, en una definida localización espacial y temporal.

BIBLIOGRAFÍA

Aarnio, A. (1986),«On changes in the systematics of law»: *Rechstheorie 10,* 161-170.

Alchourrón, C. (1986), «Sistematization and change in the science of law»: *Rechstheorie 10,* 171-184.

Alchourrón, C. y Bulygin, E. (1975), *Introducción a la Metodología de la Ciencia Jurídicas y Sociales*, Astrea, Buenos Aires; v. or. *Normative Systems*, Springer, Wien-New York, 1971.
Alchourrón, C. y Bulygin, E. (1991a), *Análisis Lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
Alchourrón, C. y Bulygin, E. (1991b), «La concepción expresiva de las normas», en Id., *Análisis Lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 121-154; v. or. «The expressive conception of norms», en R. Hilpinen, *Essays in Deontic Logic*, Reidel, Dordrecht-Boston-London, 1981.
Alchourrón, C. y Bulygin, E. (1991c), «Sobre el concepto de orden jurídico», en Id., *Análisis Lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 393-408; también en *Crítica 23/VIII*, 3-21, 1976.
Alchourrón, C. y Martino, A. (1991), «Kelsen senza la norma fondamentale», en L. Gianformaggio (ed.), *Sistemi Normativi Statici e Dinamici. Analisi di una Tipologia Kelseniana*, Giappichelli, Torino, 399-412.
Bulygin, E. (1991a), «Sentencia judicial y creación de derecho», en C. Alchourrón y E. Bulygin, *Análisis Lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 355-370.
Bulygin, E. (1991b), «Dogmática jurídica y sistematización del derecho», en C. Alchourrón y E. Bulygin, *Análisis Lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 465-484; v. or. «Legal dogmatics and the systematization of law»: *Rechstheorie 10*, 193-210, 1986.
Bulygin, E. (1991c), «Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos»: *Doxa 9*, 257-280.
Calsamiglia, A. (1986), *Introducción a la Ciencia Jurídica*, Ariel, Barcelona.
Caracciolo, R. (1988a), *Sistema Jurídico. Problemas Actuales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
Caracciolo, R. (1988b), «Justificación normativa y pertenencia. Modelos de decisión judicial»: *Análisis Filosófico 1/VIII*, 37-67.
Eckhoff, T. y Sundby, N. K. (1975), «The notion of basic norm(s) in jurisprudence»: *Scandinavian Studies in Law 19*, 121-151.
Guibourg, R. (1986), *Derecho, Sistema y Realidad*, Astrea, Buenos Aires.
Hart, H. L. A. (1982), *El Concepto de Derecho*, G. Carrió (trad.), Abeledo-Perrot, Buenos Aires; v. or. *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1961.
Hartney, M. (1993), «The confusion in Kelsen's Final Rejection of a Logic of Norms»: *Archiv für Recths und Sozialphilosophie 52*.
Kelsen, H. (1986), *Teoría Pura del Derecho*, R. Vernengo (trad.), Universidad Nacional Autónoma de Mexico, México; v. or. *Reine Rechtslehre*, Franz Denticke, Wien, 1960.
Kelsen, H. (1991), *General Theory of Norms*, M. Hartney (trad.), Clarendon, Oxford; v. or. *Allgemeine Theorie der Normen*, Manzsche, Wien, 1979.
Mazzarese, T. (1991a), «Deontic logic as logic of legal norms: two main sources of problems»: *Ratio Juris 3/IV*.
Mazzarese, T. (1991b), «"Norm proposition": epistemic and semantic queries»: *Rechtstheorie 22*, 39-70.
Moreso, J. J. y Navarro, P. (1992), «Algunas observaciones sobre las nociones de orden jurídico y sistema jurídico»: *Análisis Filosófico XII*, 125-142.

Moreso, J. J. y Navarro, P. (1993), *Orden Jurídico y Sistema Jurídico. Una Investigación sobre la Identidad y Dinámica de los Sistemas Jurídicos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Raz, J. (1986), *El Concepto de Sistema Jurídico. Una Introducción a la Teoría del Sistema Jurídico*, R. Tamayo (trad.), Universidad Autonóma de Mexico, México; v. or. *The concept of Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System*, Oxford University Press, Oxford, 1970.

Ruiz Manero, J. (1990), *Jurisdicción y Normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Strawson, P. (1985), *Skepticism & Naturalism. Some Varieties*, Methuen, London.

Vernengo, R. (1960), «La función sistemática de la norma fundamental»: *Revista Jurídica de Buenos Aires I-II*, 207-225.

Vernengo, R. (1986), «Systematization in legal dogmatics and judicial decisions»: *Rechstheorie 10*.

Vernengo, R. (1991), «Le droit est-il un système?»: *Archives de Philosophie du Droit 36*.

Vilajosana, J. M. (1993), *El significado político del Derecho. Identidad del Orden Jurídico y Régimen Político*, Fontamara, México (en prensa).

Wright, G. H. von(1970), *Norma y Acción*, P. García Ferrero (trad.), Tecnos, Madrid; v. or. *Norm and Action*, Rontledge & Kegan Paul, London, 1963.

Wright, G. H. von (1991), «Is There a Logic of Norms?»: *Ratio Juris 3/IV*, 265-283.

Weber, M. [7](1984), *Economía y Sociedad. Esbozo de Sociología Comprensiva*, Fondo de Cultura Económica, México; v. or. *Wirtshaft und Gesellschaft. Grundriss der Verstehenden Soziologie*, Mohr, Tübingen, 1922.

FUENTES DEL DERECHO

Ricardo A. Guibourg

I. INTRODUCCIÓN Y DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO

Una fuente es, antes que nada, un «manantial de agua que brota de la tierra» (Diccionario de la Real Academia Española, 1984). Así, tal como se le aplica al ámbito jurídico, la palabra sugiere claramente que existe un elemento de naturaleza única, el derecho, y que éste fluye de diversos orígenes del mismo modo en que el agua, con una misma composición química más allá de sus numerosos accidentes, nace en las corrientes del subsuelo. Así como el agua continúa su ciclo en la lluvia y en los deshielos, puede pensarse que el derecho, una vez nacido, vuelve a formularse una y otra vez en la jurisprudencia, en la doctrina y a veces ¿por qué no? en ciertos cataclismos sociales y políticos que, como las inundaciones en el medio natural, contribuyen a restablecer el equilibrio en situaciones jurídicamente insostenibles.

Que este modelo descriptivo de la formación del derecho —revelado por la metáfora— sea plausible es punto que merece debate, tanto en lo genérico como en el interior de sus supuestos. Pero antes de aventurarse en el análisis crítico es prudente exponer, al menos en líneas generales, el sistema de ideas que haya de servir como punto de partida. Por esta razón emplearemos aquí la menos novedosa de las concepciones como soporte metodológico en el que puedan insertarse —acaso a modo de banderillas— otras reflexiones basadas en un análisis alternativo.

La pregunta por el origen de las normas jurídicas admite, en el modelo tradicional, dos clases de respuestas: las que buscan explicar las conductas y los procedimientos que desembocan en la creación de normas, y las que se refieren a los motivos o razones que determinan, por medio de aquellos procedimientos, los contenidos que hayan de revestirse con la modalidad normativa. El primer tipo de respuesta se encua-

dra en la cuestión de las denominadas *fuentes formales del derecho*. El segundo se identifica por referencia a las *fuentes materiales*.

Ciertamente, esa clasificación no agota las acepciones que se han atribuido a la expresión «fuentes del derecho». Se habla también de *fuentes cognitivas*, tales como el boletín oficial u otras publicaciones dotadas de autoridad (cf. Guastini, 1993, 2). A su vez, Kelsen introduce el concepto de la *fuente de validez*: afirma que, «en un sentido jurídico-positivo, fuente del derecho sólo puede ser el derecho» (Kelsen, 1981, 243), con lo que indica que las normas son válidas cuando una superior les otorga validez.

Del Vecchio afirma que el derecho tiene su fuente primaria, esencial e inagotable en el espíritu humano (Del Vecchio, 1934), con lo que no hace más que registrar el hecho de que el derecho es, ante todo, un fenómeno social.

Legaz y Lacambra, por su parte, menciona siete acepciones de la expresión «fuente del Derecho»: a las ya apuntadas, que describe a su modo, agrega la «autoridad creadora del Derecho histórico o actualmente vigente», interpretada como la entidad en la que resida la soberanía (el estado, el pueblo), y la «forma de manifestarse la norma jurídica (ley, decreto, costumbre)», que puede considerarse incluida en el concepto de fuentes formales (Legaz y Lacambra, 1943, 344).

La fuente, en el sentido kelseniano, es concepto dependiente de la idea de *validez* o, mejor dicho, de una de las ideas que pueden designarse con la palabra «validez» (Nino, 1980, 132-135). No nos referiremos a él aquí por considerarlo integrante de un tema más amplio, centrado en la postulación y en la interpretación de un valor normativo específico.

La *fuente cognitiva*, a su vez, es conceptualmente distinguible de las fuentes materiales o formales y, una vez aislada de ellas, ofrece un interés contingente. Claro está que aquella distinción podría ser deliberadamente eliminada. Como la identificación del objeto al que haya de llamarse «derecho» es ampliamente controvertida, es posible poner el énfasis teórico en cualquiera de los pasos que conducen de la preferencia al ejercicio de la coerción: valores, costumbre, motivos, iniciativa, aprobación, promulgación, publicación, persuasión, obediencia, declaración judicial, acatamiento policial, resultado práctico. Una de las opciones consiste, pues, en identificar el derecho como el texto contenido en cierta manifestación, publicación o indicación interpretable, a la que se atribuye autoridad oficial o extraoficial. En ese caso, quien pudiera formular la indicación o manifestación o decidir la publicación sería identificado como autoridad normativa y la fuente cognitiva se identificaría con la formal; pero tal mezcla depende más, en todo caso, de una decisión teórica que funda ambos conceptos en uno que de la vaguedad que pudiera atribuirse a éstos.

Como consecuencia de lo expuesto, nos atendremos aquí a los lineamientos tradicionales para analizar, en cada caso, el contenido de los

conceptos y la plausibilidad de su relación con la idea de fuentes. Dejaremos para el final el examen de la función que desempeña esta última idea en la teoría general del derecho.

II. FUENTES FORMALES

Savigny llamó *fuentes jurídicas* a las causas determinantes del derecho (1949, 29-76), pero no proporcionó una clasificación transparente de los significados que cupiera asignar a la palabra «*causa*». De este modo incluyó la ley y la costumbre como reglas nacidas del *espíritu o conciencia común del pueblo*. En la óptica clasificatoria posterior es posible postular que el *espíritu del pueblo* constituye, en todo caso, un conglomerado de valores y expectativas en el que se originan los contenidos legales, mientras que la *ley* o la *costumbre* son medios o técnicas con cuyo concurso aquellos contenidos adquieren el estatuto de normas jurídicas. Así se llegó a la distinción entre *fuentes formales* y *fuentes materiales*, taxonomía que hoy ya se halla, a su vez, en desuso. En efecto, cuando se habla de fuentes del derecho es ahora común referirse exclusivamente a las formales. Las materiales son designadas normalmente con nombres algo más específicos, aunque no mucho más precisos: *ética, justicia, equidad, seguridad, necesidad, interés*.

Fuentes formales (o fuentes a secas, en el contexto apuntado) son, pues, los hechos, procedimientos o circunstancias que otorgan a ciertas conductas la condición de ser obligatorias, prohibidas o facultativas en un sistema jurídico determinado. Tradicionalmente, cuatro clases de tales circunstancias han disputado el título de fuentes: la *ley*, la *costumbre*, la *jurisprudencia* y la *doctrina*. Las examinaremos por separado, aunque no sin indicar sus inevitables vínculos.

1. *La ley*

Sin salir del campo de lo jurídico, la palabra «*ley*» se emplea habitualmente en dos sentidos diferentes, el primero de los cuales es restringido y se halla comprendido dentro del segundo, más amplio.

En su acepción más estrecha, «*ley*» se aplica a las normas jurídicas dotadas de cierta importancia o creadas mediante un procedimiento específico. Ambas características, que no se presentan necesariamente en conjunto, se hallan determinadas por condiciones históricas. En Roma, en efecto, una *lex* era en su origen una disposición aprobada en comicios o mediante plebiscito. Naturalmente, sólo decisiones a las que se atribuyera colectivamente alguna trascendencia eran sometidas a aquel procedimiento. Más adelante, la concentración del poder en manos del emperador, del señor feudal o del monarca desdibujó aquel concepto, al menos en el derecho continental, hasta que el advenimiento del sistema democrático contemporáneo, fundado en diversas modalidades de

la división de poderes, reservó en principio a los parlamentos, investidos del poder legislativo, la función de disponer las normas generales. La competencia y el procedimiento para dictar las leyes fueron fijados por los textos constitucionales, pero, ya que el ejecutivo y el judicial habrían de ser poderes relativamente separados y no meros apéndices del legislativo, fue necesario reconocerles la atribución de establecer, dentro del ámbito de cada uno, las normas necesarias para llevar a cabo sus funciones. Tal situación se observó con mayor fuerza en los sistemas políticos presidencialistas, como el que a imitación de los Estados Unidos —aunque con menor fortuna— rige en los países iberoamericanos.

Por debajo de la constitución y junto a las leyes en sentido estricto conviven, pues, decretos presidenciales, resoluciones ministeriales, acordadas judiciales, ordenanzas municipales, circulares (incluso telefónicas) del Banco Central y otras clases de normas, cuyos nombres pueden variar de país en país o de tiempo en tiempo y que integran, en su conjunto, el sentido amplio o genérico del vocablo «*ley*». Todas ellas —incluida la propia *constitución*— tienen en común una característica que permite agruparlas: a diferencia de las normas consuetudinarias, consisten en *signos lingüísticos* emitidos por alguna persona o grupo de personas a las que se atribuye cierta competencia para hacerlo con autoridad, de tal suerte que, por este motivo, los signos o su significado pasan a integrar el sistema jurídico en cuyo seno se originan.

La acepción amplia de «ley» no ha generado grandes controversias, probablemente porque su relevancia política es escasa. Algo diferente ocurre con el concepto específico.

En efecto, los autores advierten dos vertientes de este concepto: el de *ley en sentido formal* y el de *ley en sentido material.* Del mismo modo, en la especie más alta de lo que genéricamente pueda entenderse como legislación, se ha distinguido la *constitución en sentido formal* (cuerpo de normas de jerarquía superior a la ley, sujeto a procedimientos diferenciados y habitualmente más rígidos para su creación o modificación) de la *constitución en sentido material* (conjunto de normas que regulan el proceso de creación de las leyes y la identificación o integración de los órganos encargados de disponerlas). Tal vez convenga aclarar que, aunque esta nomenclatura reproduce la empleada para nombrar las fuentes formales y las materiales, el punto que tratamos ahora no tiene relación alguna con aquella clasificación y se encuentra íntegramente incluido en el discurso relativo a las fuentes formales. Así, se ha llamado leyes en sentido formal a las normas aprobadas por el poder legislativo mediante los procedimientos autorizados para ello por la constitución, y leyes en sentido material a las normas generales. Este último contenido suele ser, de acuerdo con los textos constitucionales, propio de las leyes en sentido formal; pero la coincidencia de ambos conjuntos está lejos de ser absoluta. Existen leyes en sentido formal que no contienen *normas generales* sino *disposiciones individuales*, tales como la que concede una pensión a

determinada persona, y aun otras que carecen por completo de sustancia normativa, como las *leyes de homenaje*. A la vez, numerosas normas generales se introducen mediante formas distintas de la legislación en sentido formal, ya sea por corresponder al ámbito de facultades de un poder diferente del legislativo, como los *decretos* que regulan el funcionamiento de la administración pública o las *acordadas* que establecen estructuras o procedimientos administrativos dentro del poder judicial, o bien por *delegación*, cuando el parlamento encomienda al ejecutivo o a otra autoridad adoptar decisiones complementarias dentro del marco legal. A esto debe agregarse el *poder reglamentario*, que suele atribuirse al ejecutivo y consiste en dictar normas generales complementarias, técnicas y aun interpretativas de la ley, como facultad propia y sin necesidad de *delegación* legislativa expresa.

Éste es el punto difícil en la caracterización de la ley, porque se halla íntimamente relacionado con la competencia legislativa y, por lo tanto, con los vericuetos del ejercicio del poder. Especialmente en los países iberoamericanos, la historia de la *democracia* es, en efecto, la historia de las tensiones entre los poderes ejecutivo y legislativo. El parlamento tiene a su favor su mayor base de representación popular y la publicidad de sus deliberaciones; el ejecutivo, la rapidez con la que puede adoptar sus decisiones y, muy notoriamente, los abrumadores medios que tiene a su disposición para ponerlas en práctica. Por esta razón, los casos en los que la voluntad parlamentaria haya prevalecido sobre la del gobierno son históricamente raros y se señalan con cierta admiración, en tanto son incontables las situaciones en que el ejecutivo se hizo otorgar o asumió derechamente *facultades extraordinarias* o *de emergencia*, impuso el *estado de sitio* o la *ley marcial*, dictó *decretos reglamentarios* que excedían el marco legal de referencia o, so protexto de *necesidad y urgencia*, se sustituyó a la autoridad parlamentaria ordenando por decreto lo que aquélla trepidaba en disponer por ley.

2. *La costumbre*

Cuando un individuo repite un mismo modelo de conducta frente a circunstancias semejantes, decimos que tal modelo de conducta constituye en él un *hábito*. Cuando un grupo o comunidad de individuos comparte el mismo hábito a lo largo del tiempo, nos sentimos inclinados a aceptar la existencia de una *costumbre*. Cuando una costumbre provoca que los intereses de las personas se adecuen a ella, de modo tal que las conductas divergentes lesionan expectativas y generan quejas, nos parece razonable hablar de una *norma consuetudinaria*. Cuando esta norma es efectivamente reconocida por los jueces u otros órganos del poder coactivo comunitario como fundamento de sus decisiones, ya no tenemos duda alguna: nos hallamos ante una *norma jurídica consuetudinaria*.

El hecho normativo consuetudinario no sólo puede introducir prohibiciones, derechos u obligaciones: también puede eliminarlos. En el mis-

mo sistema de pensamiento que admite la costumbre como fuente formal del derecho se ha admitido la abrogación consuetudinaria de normas preexistentes, ya sea que emanen éstas de la costumbre o de la ley: el fenómeno es llamado *desuso* o *desuetudo*. Es más: Kelsen ha interpretado que la costumbre no se encuentra, como la ley, sujeta a limitaciones de jerarquía. Directamente derivada de la *norma fundamental*, la norma consuetudinaria puede referirse a contenidos propios de cualquier nivel normativo (Kelsen, 1981, 237).

Del modo expuesto es posible introducir el concepto tradicional de costumbre jurídica y, a la vez, sentar las bases para su análisis crítico.

El primer elemento enumerado, la conducta repetida, constituye la base del concepto y exhibe, a la vez, la necesidad de una dimensión temporal. Sin embargo, qué deba entenderse por un modelo de conducta o cuál sea la semejanza que nos permita reunir dos estados de cosas distintos en una misma clase de *circunstancias* son puntos librados a decisiones metodológicas individuales y no necesariamente imparciales.

El segundo requisito, la pluralidad de sujetos, introduce la dimensión social. La costumbre, tal como se la concibe en el lenguaje jurídico, no es un fenómeno individual sino una actitud colectiva. Y, desde luego, al ampliarse el elemento subjetivo de la conducta, la dimensión temporal debe extenderse también para que la regularidad se torne discernible. No está dicho, sin embargo, cuál haya de ser la extensión de las dimensiones subjetiva o cronológica: ¿bastará con diez personas que compartan el mismo hábito? ¿Serán necesarias cien, mil, un millón? ¿Acaso el número que consideremos relevante depende de la calidad, de la importancia o del poder de las personas que lo integren? Además, ¿cuántos días, meses o años han de transcurrir para que consideremos que ha nacido una costumbre? ¿Hay tal vez un vínculo entre el aspecto subjetivo y el temporal, de tal suerte que a mayor número (o calidad, o poder) de los sujetos se exija menos tiempo, o viceversa?

La tercera condición suele conocerse con el nombre latino de *opinio iuris sive necessitatis* (Kelsen, 1958, 134) o alguna de sus abreviaturas: *opinio necessitatis* o, simplemente, *opinio*. Consiste en cierto consenso social acerca de la exigibilidad de la conducta conforme con la costumbre y, entre los elementos tradicionalmente enlazados al concepto de derecho consuetudinario, es el que introduce el aspecto propiamente normativo: sin él, no se observa sino una irrelevante coincidencia individual o una curiosa regularidad colectiva, en tanto con su concurso la situación de hecho se convierte en argumento, en razón, en incentivo, en aprobación o en condena. Caben acerca de la *opinio*, sin embargo, observaciones semejantes a las formuladas respecto de las anteriores condiciones. Así como no todas las personas repiten la misma conducta todas las veces que se hallan en las condiciones hipotéticamente aceptadas como marco material de la costumbre, tampoco todos los individuos de la comunidad de referencia participan de la misma actitud de

exigibilidad ni, cuando lo hacen, experimentan tal sentimiento con idéntica intensidad. ¿Qué proporción de la sociedad debe compartir la *opinio* para que tengamos por cumplida la condición? ¿Hasta qué grado deben estar convencidos de ella los que la admitan? ¿Da lo mismo que la conducta sea tenida por exigible predominantemente por los pobres, o por los ricos, o por los negros, los arios, los campesinos o los artistas del espectáculo? Estas preguntas, como las anteriores, carecen de respuesta unívoca. Es más: carecen de toda respuesta práctica. En efecto, el jurista medio tiende a molestarse cuando se le dirigen tales interrogantes; en el mejor de los casos propone ejemplos de los que, sin embargo, no es capaz de abstraer aproximación alguna.

Hemos mencionado, por último, el reconocimiento que de la costumbre hagan los *jueces* u otras autoridades jurídicas. La importancia que se conceda a este factor en la definición o en el reconocimiento del *derecho consuetudinario* es, en algún sentido, la piedra de toque del fundamento teórico con el que se admita la *costumbre jurídica*. Una línea de pensamiento presupone que la norma jurídica consuetudinaria existe antes de toda aplicación, por lo que las decisiones judiciales fundadas en tal norma no hacen más que confirmar su existencia y ponerla de manifiesto ante los menos avisados. Esta manera de encarar la cuestión torna necesario responder las arduas preguntas a las que antes nos hemos referido. Otra concepción concede al *reconocimiento judicial* el carácter de condición necesaria. Quien tal hace se ve relevado de aportar precisiones autónomas para cada condición del derecho consuetudinario, porque la última sirve de respuesta a todas las preguntas: la conducta tipo debe repetirse tantas veces, por tantas y tales personas, durante tanto tiempo y acompañada por una actitud normativa tan amplia e intensa que, en virtud de todo ello, los *jueces* lleguen a reconocer la existencia de una norma.

La tranquilidad proporcionada por el segundo camino es, sin embargo, engañosa. Si la *norma consuetudinaria* depende en última instancia de su *reconocimiento judicial*, cualesquiera sean las modalidades y las intensidades del cumplimiento de los otros requisitos, un argumento tan fuerte no admite ser confinado al ámbito de la costumbre. Las *leyes* también han de recibir en cada momento la *confirmación judicial*, ya que en caso contrario se hallan amenazadas por el desuso; por esa vía se torna inevitable otorgar importancia casi excluyente a la *jurisprudencia* por encima de la ley y de la costumbre, fuentes cuyos frutos inmediatos quedan reducidos, al decir de Llewellyn, a la condición de «juguetes vistosos».

3. *La jurisprudencia*

Una de las formas de ejercicio de la autoridad jurídica es la función jurisdiccional. Cuando una norma general ha sido infringida (y, especialmente, si existe alguna controversia acerca de este punto), alguien in-

vestido de aquella autoridad se encarga de declararlo. Ese alguien fue históricamente el jefe de la tribu o uno de sus lugartenientes, el rey o una persona o grupo que actuara por delegación de la autoridad real, un juez o una corte de justicia como se estilan en la actualidad. En cualquier caso, el *juez* ha de establecer los hechos que tiene por verdaderos, las normas que considera aplicables, la inclusión o la exclusión de aquellos hechos en el ámbito de aplicabilidad de dichas normas y, por último, las consecuencias concretas que hayan de atribuirse a los primeros en virtud de las segundas.

Un punto controvertido en la teoría del derecho es el de si la *decisión judicial*, acto cumplido en el ámbito de un *sistema jurídico* y autorizado por él, *integra* ese mismo sistema en calidad de norma. Para la *dogmática*, el fallo judicial no es una norma sino un acto destinado a aplicarla y, si fuera necesario, a interpretarla: el juez declara el derecho, pero no lo crea. En consecuencia, el sistema jurídico no está compuesto sino por *normas generales*. Otro punto de vista señala que las *sentencias* no se hallan absolutamente determinadas por las normas generales: al resolver acerca de los hechos y del derecho, el juez adopta verdaderas decisiones y crea una *norma individual* (Kelsen, 1981, 246-254; Kelsen, 1985, 378-379). Así, ésta forma parte a su modo del sistema que rige en la sociedad. Una tercera acepta que las *decisiones judiciales* sean *normas individuales*, pero sostiene que sólo las generales integran el *sistema normativo* (Bulygin, 1991, 261-262).

Como ocurre a menudo en los temas abstractos, ninguna de tales opiniones es más verdadera que las otras: cada una es aceptable dentro de un marco teórico que la condiciona y genera, a su vez, consecuencias teóricas cuya valoración pragmática contribuye a la aceptación de una u otra de las posiciones debatidas. Sólo puede apuntarse aquí que, de hecho, la controversia es menos intensa cuando deja de analizarse cada *decisión judicial* individual para apreciar la actividad jurisdiccional como un todo.

En efecto, en los países de *tradición jurídica romanista* se llama *jurisprudencia* al conjunto de las *sentencias judiciales*, no como declarativas del derecho ni como creadoras de *normas individuales*, sino en cuanto de ellas pueda inferirse una *norma general* nueva o cierta *interpretación* de un texto legal preexistente. En el sistema de *derecho anglosajón*, en cambio, la creación judicial de normas se interpreta según el modelo del *precedente*: en teoría, la *doctrina* (*ratio decidendi*) que pueda inferirse de cada sentencia individual es obligatoria para todo juicio futuro. Por cierto, la práctica suaviza dramáticamente ese principio mediante diversos métodos argumentales: la selección del precedente a seguir, la formulación o reformulación de la *doctrina* que se le atribuya, la determinación de las circunstancias relevantes para juzgar acerca de la mayor o menor semejanza del caso presente con el anterior (Kelsen, 1981, 261).

Sea como fuere, el hecho es que tanto en el *derecho continental* como en el anglosajón los fallos judiciales se acumulan y publican, selec-

cionados con mayor o menor discrecionalidad y minuciosamente clasificados, para que abogados y juristas investiguen en ellos el contenido del sistema jurídico en el que viven.

La pregunta turbadora es aquí por qué semejante investigación sea útil o plausible. ¿Será porque las *sentencias* constituyen guías apropiadas, aunque no infalibles, para averiguar el «verdadero» contenido de las *normas generales*? ¿Porque los *jueces* están de hecho autorizados a crear tales normas en virtud de otras normas que les confieren competencia para ello? ¿O, tal vez, porque en definitiva el derecho es lo que los jueces dicen que es?

La primera respuesta implica un retorno a la *dogmática*. Al alto precio teórico de ocultar el factor volitivo que influye en la conducta judicial, tiene una ventaja práctica para el abogado: la de permitirle elogiar (e invocar) algunos fallos por su «corrección» y a la vez criticar otros como «erróneos».

La segunda es fácilmente aceptable respecto de ciertas instituciones judiciales. En los sistemas donde rigen normas sobre *casación* o *fallos plenarios*, la propia ley confiere atribución a los jueces, en condiciones determinadas, para establecer *doctrinas obligatorias*. En este sentido, los órganos judiciales pueden asimilarse a órganos legislativos de jerarquía inferior a la del parlamento y competencia acotada por los procedimientos (Entelman, 1964, 18). Pero tal condición es relativamente rara entre las normas a las que se atribuye origen judicial. La mayoría de éstas se entienden creadas a partir de simples fallos individuales, especialmente si la misma *doctrina* se repite en numerosas decisiones y más aún si es aceptada por tribunales de alta jerarquía: para ello no se requiere autorización legislativa alguna.

La tercera alternativa proporciona una respuesta clara y definitiva, pero su costo teórico es alto. En primer lugar, porque implica tal preminencia de la *fuente judicial* que anula toda influencia de la *legislación* o de la *costumbre*; es más: torna incluso innecesarias las *normas generales*, ya que cada una de éstas será, para cada caso, lo que el magistrado de última instancia que entienda en la causa resuelva declarar. En consecuencia, cualquier crítica jurídica de un fallo judicial firme no sólo será errónea sino también contradictoria: las sentencias de última instancia, como las decisiones de la *autoridad constituyente*, sólo serán susceptibles de crítica si se las examina desde la ética o algún otro sistema normativo.

Si se deseara mantener la tradicional identificación de las *fuentes formales*, sería posible hallar una solución de compromiso apelando al fenómeno consuetudinario. Quien admita que existen *normas generales* originadas en la *costumbre*, así como que los *jueces* se limitan a reconocerlas y a aplicarlas, está probablemente en condiciones de aceptar también que la actividad judicial, en tanto conducta, se halla sujeta a sus propias *costumbres*. Como los jueces tienen habitualmente un alto grado de prestigio social y de autoridad efectiva, las costumbres que ellos

adopten traen aparejada la aceptación social (ya que, si así no fuera, la reacción de la comunidad impediría en cada caso el establecimiento de la costumbre judicial). De este modo, la *jurisprudencia* no sería otra cosa que un modo específico de generar *derecho consuetudinario*, modo al que —acaso en atención a su mayor celeridad y a su relativa certeza— se prefiere elevar a la categoría de fuente autónoma.

Una explicación homóloga del *precedente* podría recurrir al concepto de *delegación*. Una norma constitucional, legislada o consuetudinaria, obliga a los *jueces* a aplicar las *normas generales* extraídas de sentencias anteriores y, a la vez, les confiere *competencia* para identificar, formular e interpretar dichas normas y aun para crear una nueva a aplicar al caso concreto que hayan de decidir, si no hallaren pauta alguna en los precedentes.

4. *La doctrina*

Las normas generales, legisladas, consuetudinarias o jurisprudenciales, son objetos del *conocimiento*. Cuáles sean las fuentes, los métodos o la certeza de tal conocimiento no es tema que deba elucidarse aquí: el hecho es que, admitida la existencia de aquellas entidades, los juristas procuran conocerlas y consideran casi siempre logrado tal objetivo. El resultado de su actividad integra la disciplina que —no sin alguna exageración— se denomina *ciencia del derecho* y se exhibe en artículos y tratados, en manuales, clases y conferencias.

El esquema habitual en el *discurso del jurista* puede resumirse en los siguientes pasos: enunciación del texto legal o cita de las sentencias relevantes, definiciones o explicaciones tendientes a precisar el significado de algunas palabras o expresiones contenidas en el texto; exposición de los interrogantes o de las perplejidades que se abren a partir de la primera comprensión del texto; opinión acerca del contenido que, a juicio del autor, satisfaga armónicamente el significado de las palabras, la intención presunta del legislador y la mejor solución de los problemas reales y actuales; y, finalmente, la reformulación de la norma de acuerdo con aquel plexo de contenidos. A esto puede agregarse un juicio *ético* acerca de las normas analizadas y aun una propuesta de derogación o reforma.

Otro esquema, algo diferente, es el empleado en relación con instituciones novedosas: se describen las manifestaciones de la institución en el *derecho comparado* o en la *práctica social*, se las inscribe en un marco *ético* o *pragmático*, se las vincula con otras instituciones ya conocidas, se advierte acerca de los riesgos y ventajas que ellas comportan y se propone una solución legislativa o interpretativa que, a juicio del autor, tienda a aventar los primeros y a aprovechar las segundas.

Esta actividad, habitualmente llamada *doctrina*, contiene pues descripciones de normas, descripciones de estados de cosas, juicios de valor y propuestas. Hace, por lo tanto, uso del lenguaje en al menos tres

funciones diferentes: *informativa, expresiva* y *directiva*. Es raro, sin embargo, que tales funciones se hallen diferenciadas: por lo general se entremezclan de tal suerte que la valoración es influida por la descripción, la propuesta depende de la valoración y la descripción esconde una propuesta. A la vez, el lenguaje en el que todo ello se expresa suele presuponer una ontología *esencialista* que presenta el discurso como información verdadera y tiende a oponer al debate una barrera apodíctica.

Sean cuales fueren los méritos o los defectos de la doctrina, la pregunta que la vincula con el tema de las fuentes del derecho es si, a aquellas tres funciones del lenguaje, ha de agregarse una cuarta: la *función operativa*, que consiste en generar un cambio en el estado de cosas por medio de la mera palabra. Para expresarlo de un modo más habitual, aunque no más preciso, el problema consiste en determinar si la *doctrina* es por si misma una *fuente creadora de derecho*.

Acerca de ese punto, tres respuestas han sido intentadas. La primera sostiene que la *doctrina* no es una fuente del derecho porque no constituye un modo de creación de normas (Kelsen, 1981, 243). La segunda distingue dos clases de *fuentes* del derecho, las *obligatorias* y las *no obligatorias*, e incluye la *doctrina* entre las segundas (Aftalión y Vilanova, 1988, 757). La tercera responde afirmativamente porque, después de todo, los *jueces* fundan sus *sentencias* en la *doctrina* cuando consideran insuficientes la *ley* y la *jurisprudencia* (Aftalión y Vilanova, 1988, 757). Cada una de esas posiciones merece un breve comentario.

La primera, fundada en una definición restrictiva de «*fuente*», parte verosímilmente de la *legislación* como paradigma del método creador de normas y distingue la función normativa, que corresponde al legislador, de la descriptiva, que incumbe al jurista. Pero una delimitación tan tajante no deja de sugerir perplejidades: la *opinio* contenida en el *derecho consuetudinario* no es hasta ese punto una voluntad conscientemente creadora de normas, ya que suele presentarse como una comprobación de la previa existencia de la obligación a la vez que como una actitud de respeto por tal exigencia.

La segunda, por el contrario, importa una ampliación implícita y poco precisa del concepto de fuente. Si la ley, la costumbre y la jurisprudencia son, cada una a su modo, fuentes obligatorias, en tanto la doctrina es una fuente de otra naturaleza, caben acerca de esta naturaleza dos interpretaciones. Una remite a las *fuentes cognitivas*, con lo que el Boletín Oficial y hasta los periódicos de la mañana podrían reclamar el estatuto de fuentes con el mismo título que la *doctrina*. La otra toma en cuenta el *valor argumental* de la opinión de los juristas, que los jueces pueden utilizar para fundar sus fallos sin estar obligados a hacerlo; si así fuera, la *doctrina* quedaría asimilada a las fuentes materiales, junto con los *valores* u otras consideraciones de las que el *juez* o el *legislador* pudieran extraer *razones para decidir*.

La tercera se funda en una observación certera, pero se halla también ante un dilema conceptual. Si a la vez distingue unas *fuentes* de otras por su grado de obligatoriedad, se sitúa en la segunda alternativa de la segunda respuesta y queda sujeta a idéntica crítica. Si no lo hace y considera todas las fuentes en pie de igualdad, otorga al órgano judicial —capacitado para escoger entre doctrinas opuestas como entre leyes contradictorias— tal importancia en la identificación de las normas que la alcanzan las críticas examinadas respecto de la tercera respuesta registrada al examinar la fuente jurisprudencial: si el derecho es lo que los *jueces* dicen que es, y esto no ocurre por la contingente sabiduría de los jueces sino por necesidad vinculada a su competencia, las *normas generales* carecen de relevancia salvo como elementos de juicio para *predecir*, con mayor o menor acierto, lo que los *magistrados* hayan de decidir en los casos concretos.

5. *Discusión*

Cada una de las *fuentes formales* examinadas cuenta —o ha contado en el pasado— con sus apologistas extremos. A partir de la *codificación* se generó un culto de la *ley* escrita, que se juzgaba, sobre la base de una verdad histórica contingente, más racional y justa que el mosaico de las prácticas anteriores. Para esta posición, la *costumbre* devino una fuente delegada y dependiente del *reconocimiento judicial*; la *jurisprudencia* no era otra cosa que la misma *ley* aplicada a los casos individuales y la *doctrina* una descripción acaso tergiversada del verdadero derecho. La *escuela histórica alemana*, que buscaba en el *derecho romano* o en los ideales nacionales la argamasa de una unificación esquiva, puso el acento en la *costumbre* como manifestación del consenso o del *espíritu del pueblo*; las demás fuentes no tenían otra función que precisar, garantizar o divulgar los contenidos consuetudinarios. El *realismo anglosajón*, habituado a buscar en los repertorios judiciales los *precedentes* para defender o decidir cada caso, dio prioridad a la jurisprudencia por considerarla ejercicio vivo y directo del *poder* estatal: la *ley* y la *costumbre*, en ese esquema, eran relevantes en la medida en que fuesen real o probablemente empleadas como fundamento de las decisiones de los *jueces*.

Más que un debate acerca de la realidad, en el que pueda discernirse la *verdad* como premio al vencedor, aquellas diferentes posiciones, surgidas de diversos contextos históricos o culturales, constituyen un resultado de la notable indeteminación del derecho como objeto de *conocimiento*. A la vez, esta indeterminación no es el producto de la estulticia de los juristas sino de la extraordinaria importancia política de lo que pueda entenderse como derecho y, por lo tanto, del manejo persuasivo que —aun inocentemente— se hace siempre del lenguaje jurídico. Así como cada abogado interpreta el contenido del derecho del modo más favorable a su cliente y llega incluso a convencerse de la *ver-*

dad de tal interpretación, cada tramo de la *ciencia del derecho*, definido en términos geográficos, cronológicos o aun ideológicos, tiende a definir el objeto de su conocimiento del modo más caro a los sentimientos colectivos de la comunidad en la que nace; esto es, del modo en que sea factible atribuir al sistema jurídico los contenidos que gocen de consenso más profundo o permita aprehender y aplicar el derecho con los métodos mejor conocidos por el grupo.

Así, no sólo la *ley*, la *costumbre* y la *jurisprudencia* pueden disputar la superioridad entre las fuentes: a su manera, también la *doctrina* esgrime títulos de primacía, aunque pretenda públicamente limitarse al conocimiento de lo dado.

En efecto, no es casual que los abogados prácticos recurran una y otra vez a los esquemas descriptivos e interpretativos generados por la *dogmática*, cuando ésta ya casi no es defendida en los ámbitos especializados. Tal actitud puede explicarse, en términos actuales, a partir de una concepción acerca de la función de la *ciencia del derecho*, concepción dotada de indudable valor pragmático. Cualesquiera sean las *fuentes* en que se origine, el derecho concebido como emanación del poder político (centralizado o descentralizado) carece de toda garantía de *consistencia* o de *completitud*. Nada impide que las leyes sean contradictorias (o conflictivas, como puedan serlo dos expresiones deónticas), de suerte que la estricta descripción de los resultados de la actividad legislativa, consuetudinaria o jurisprudencial no tiene por sí sola la virtud de proporcionar pautas decidibles para la *solución de las controversias*. Si se entiende (se finge, en caso necesario) que el *conocimiento* y la descripción del derecho incluyen la *interpretación*, es posible atribuir a la *ciencia jurídica* (es decir, a la *doctrina*) una suerte de curatela respecto de las *fuentes formales*: su misión es, desde ese punto de vista, recoger el contenido de las normas dispersas y construir con él un sistema consistente, jerárquico, completo y decidible. Para cumplirla, la *doctrina* (y la *jurisprudencia*, ya que ellas se alimentan recíprocamente) puede desechar algunos contenidos incompatibles con otros que ella prefiera e introducir normas que juzgue armónicas con el sistema para resolver casos no previstos expresamente. Como telón de fondo que garantice la completitud se presupone una *regla de clausura* (Alchourrón y Bulygin, 1974, 189-196). Tal es el sentido que cabe atribuir a la ficción dogmática del legislador único, imperecedero, consciente, omnisciente, operativo, justo, coherente, comprensivo y preciso (Nino, 1980, 328-329). Desde luego, una *ciencia del derecho* que cumpla semejante función no es una ciencia en el sentido más aceptado de este término, sino algo parecido a una versión colectiva del *ius publicae respondendi* de la tradición romana, en la que compiten opiniones diversas dentro de un mismo paradigma sistemático. Pero el caso es que la presentación de la propuesta normativa con el ropaje de la descripción constituye, precisamente, uno de los recursos más persuasivos entre aquellos de los que se vale la *doctrina* para lograr sus propósitos.

III. FUENTES MATERIALES

Las *fuentes materiales* no han sido enumeradas, clasificadas o debatidas como lo fueran las formales, acaso porque, si no existe consenso acerca de la identificación y delimitación del derecho ni de la relevancia de los actos, hechos o circunstancias a los que se atribuye su autoría, los motivos que den lugar a la creación de normas son aún más discutibles. Por otra parte, es verdad que los autores no suelen extenderse en este concepto, notablemente menos fructífero para la práctica jurídica que el de las fuentes formales. Así, muchas enunciaciones se han formulado, sin mayores explicaciones y con distintos grados de abstracción que las tornan incomparables. Optaremos, pues, por intentar aquí una exposición genérica con afán más reconstructivo que narrativo o crítico.

Los motivos o razones que conducen a la creación de una norma con determinado contenido son eventualmente tan inasibles como el *subconsciente* o tan controvertibles como la *ética* o la *política*. Puede intentarse, sin embargo, una aproximación clasificatoria para, al menos, introducir un poco de orden en la maraña de lo desconocido. Algo de esto, aunque en otro sentido, hizo Roscoe Pound (1959), cuya taxonomía de los *intereses sociales* respondía a un serio intento clarificador mientras rendía tributo a los principios morales de su propia cultura.

Para explicar el origen material de una norma, se acude a veces a descripciones de hecho: la situación social, la emergencia política, el recrudecimiento del delito, la crisis económica. Otras veces el discurso se centra en las *valoraciones*: la *justicia*, la *equidad*, la *seguridad*, la *necesidad*, los *intereses sociales*. Las descripciones de hecho son potencialmente infinitas, pero por sí solas no cumplen el papel de *fuentes materiales* del derecho sino cuando son tomadas en cuenta por una actitud valorativa. Poco importa, en cambio, que la *valoración* se aplique a una descripción de hecho verdadera o a otra falsa, a circunstancias que se invoquen sinceramente o como pretextos: esa *valoración*, unida al ejercicio del *poder*, puede pasar por el proceso formal que corresponda para dar sustancia a una nueva norma.

Dejaremos de lado, pues, el papel de las descripciones para centrar nuestro interés en la *valoración* que de ellas pueda hacerse. Semejante decisión, sin embargo, entraña un grave compromiso: si creemos en la *objetividad de los valores*, nuestro análisis deberá tener un sesgo *ontológico*; si no creemos en ellos, la reflexión acerca de *valores* podría resultar vana.

Es un hecho, sin embargo, que la *valoración* es una actitud constante en cada individuo del género humano; y, sea cual fuere la posibilidad de *justificar* tal actitud por su relación con otros fenómenos, también es un hecho social que la valoración se halla sujeta a matices que, a veces, son percibidos incluso como contradictorios entre sí. El *discurso moral*, especialmente cuando se aplica al derecho, suele distinguir entre *justicia*, *equidad* y *seguridad*.

1. *La justicia*

Una teoría de la *justicia*, aun si fuere posible, excedería los límites de este artículo, ya que el concepto merece por sí mismo un análisis autónomo. Pero importa situar la idea en el panorama de las actitudes valorativas.

Ninguna definición de «justicia», por grande que sea su prestigio o prolongada su repetición, ha alcanzado otro objetivo que el de trasladar la valoración a otros conceptos que la presuponen (Kelsen, 1993). Acaso tal circularidad sea inevitable, si se atiende a la estrecha y recíproca relación que históricamente se ha verificado entre valores y situación social. Sean cuales fueren las preferencias divergentes de los individuos, el choque de intereses y el ejercicio recíproco de la fuerza, el poder o la influencia acaban por determinar una situación a la que los individuos han de conformarse. Dentro de ella se consolida una estructura de expectativas y temores, pronto recubierta por una capa de orgullos y lealtades y consagrada por un lenguaje valorativo que tiende a confirmar lo dado y a fustigar lo divergente, hasta que el perpetuo entrechocar de intereses e influencias (en las que el propio lenguaje valorativo tiene su parte) modifica la situación y el *consenso axiológico* (es decir, el contenido que la sociedad vacía en el molde de *lo justo*) muestra una nueva faz.

De este modo, *valor* y *poder* se realimentan uno al otro pero jamás admiten confundirse, lo que les permite ejercer una recíproca justificación a la vez que un constante contrapunto evolutivo. Definir la *justicia* por apelación a los hechos es, pues, tan vedado como engañoso sería explicar los hechos a partir de la *justicia*. Ésta no puede definirse entonces, en última instancia, sino por si misma, lo que conduce a la inevitable petición de principio y, en rigor, reduce la idea de justicia a una caja vacía, centro de un sistema deductivo igualmente vacío, dispuesta a recibir los contenidos con los que cada uno quiera utilizarla del mismo modo en que un automóvil no pregunta el nombre de la persona que haya de conducirlo.

2. *La equidad*

Supuesto o atribuido que sea algún contenido para el concepto de *justicia*, una persistente tradición admite la idea de *equidad* como un valor diferente, aunque semejante en algún aspecto. En efecto, la *equidad* se presenta a sí misma como distinta de la *justicia*, opuesta a ella y hasta superior a ella, sin dejar de integrarla de algún modo; como la coartada para un desliz ético que, paradójicamente, permanece en el campo de *lo justo*; en fin, para poner a la ley «de lado en un caso, para que reine indiscutiblemente en todos» (Vernengo, 1975). El propio Aristóteles, primera autoridad en relación con este concepto, inaugura aquella perplejidad:

> Desde otro punto de vista y consultando sólo la razón, no se comprende que lo equitativo, tan distinto de lo justo, pueda ser verdaderamente digno de estimación y de elogio; porque una de dos: o lo *justo* no es *bueno*, o lo *equitativo* no es *justo*, si es una cosa distinta de lo *justo*; o, en fin, si ambas son buenas, necesariamente son idénticas. Tales son, poco más o menos, las fases diversas y hasta embarazosas bajo las cuales se presenta la cuestión de lo equitativo (Aristóteles, 154).

Pero el estagirita se encarga también de poner las cosas en su lugar y, al hacerlo, pone al descubierto la raíz del problema:

> La causa de esta diferencia es que la ley necesariamente es siempre general, y que hay ciertos objetos sobre los cuales no se puede estatuir convenientemente por medio de disposiciones generales. Por tanto, lo *equitativo* es también *justo*, y vale más que lo *justo* en ciertas circunstancias, no más que lo *justo* absoluto, pero es mejor, al parecer, que la falta que resulta de los términos absolutos que la *ley* se vio obligada a emplear. Lo propio de lo *equitativo* consiste precisamente en restablecer la *ley* en los puntos en que se ha engañado a causa de la fórmula general de que se ha servido (Aristóteles, 154-155).

El análisis de este razonamiento permite precisar los conceptos que llevaban a aquella confusión. La *equidad* no es distinta de la *justicia* (cualquiera que sea el contenido que se atribuya a este término), ni opuesta ni mejor que ella; sólo es distinta de la *ley*, a la que contribuye a *atemperar* (es decir, a interpretar o modificar para un caso, en consonancia con la justicia). Es la confusión entre *justicia* y *ley* la que ha provocado —entre otros inconvenientes mayores— la embarazosa posición de la *equidad*; y también la que ha generado la idea de definir la *equidad* como la justicia del caso particular, ya que es en los casos individuales de aplicación de la ley donde se ejerce, más allá de la ley o aun contra ella, el poder normativo de los *jueces* (Guibourg, 1987, 120-122).

3. *La seguridad*

Cuando se trata de justificar normas o razonamientos que aceptan o amparan conductas ilegítimas y eventualmente injustas, se apela a veces a la *seguridad jurídica* como valor ajeno a la *justicia*: ejemplos de esta actitud son los razonamientos que se vierten acerca de la *prescripción* adquisitiva o liberatoria, como los que se han intentado para el acatamiento jurídico de los *gobiernos de facto*.

La *seguridad jurídica* —ha dicho Pérez Luño (1991, 20)— es un «concepto jurídico inseguro» por su ambigüedad: ella puede consistir en la seguridad de los ciudadanos, asegurada por el derecho, en la garantía de exigibilidad del derecho mismo, en la función de *legalidad* presente en todo *sistema jurídico*, en cierto contenido *ético* que se atribuya a la *ley* o, para resumir, en «una exigencia objetiva de regulari-

dad estructural y funcional del sistema jurídico» o bien en su «faceta subjetiva»: la *certeza del derecho* que depende del *conocimiento* de éste por sus destinatarios.

En definitiva, Pérez Luño define su propio concepto de *seguridad jurídica* a partir de dos exigencias básicas:

a) *Corrección estructural.* En este aspecto la seguridad exige que la norma haya sido promulgada y publicada, sus términos sean claros, carezca en la práctica de *lagunas*, tenga en el sistema jurídico una *jerarquía* fija y respetada, sea anterior a los hechos que regula y garantice la durabilidad de las situaciones creadas bajo su amparo.

b) *Corrección funcional.* Ésta depende del cumplimiento de las normas por sus destinatarios y de la regularidad con que actúen los órganos encargados de su aplicación. La vertiente funcional de la seguridad es paralela, pues, a la *eficacia* del derecho.

Acaso sea posible, en cuanto se refiere al concepto de *seguridad*, una reflexión semejante a la propuesta para la *equidad*. Si la *equidad* es la *justicia* relativamente independiente de la *ley*, la *seguridad* es el conjunto de medios genéricamente procesales capaz de tornar posible (aunque no inevitable) la *justicia* a través de la *ley*. Aceptar que la *justicia* (cuyo contenido presuponemos) pueda alcanzarse por medio de leyes justas implica, a su vez, admitir que las soluciones justas son necesariamente generales. Esta última exigencia requiere ciertas condiciones de hecho, que son a su turno dispuestas por otras *normas generales*: las que establecen la *publicidad de las leyes*, el funcionamiento ecuánime de los órganos encargados de aplicarlas y todos los otros requisitos atribuidos a la seguridad. Con esto no se garantiza la *justicia* de las soluciones (ya que la *ley* misma podría ser injusta); pero, a la inversa, la ausencia de *seguridad* impide que aun las leyes justas alcancen el fin para el que hayan sido dictadas.

Parece curioso que esta forma procesal y genérica de *justicia* se oponga a la forma individual y estrictamente material en la que consiste la *equidad*. Tal tensión, sin embargo, se halla siempre presente en los argumentos *éticos* y jurídicos: a veces juzgamos preferible una solución ilegal en aras de un valor superior; pero su adopción socava la credibilidad y la autoridad de la norma general y, si ésta pierde fuerza, todo el sistema se debilita. La decisión final no sólo depende de la importancia de los valores en juego: también de la perspectiva en la que hayamos planteado el problema, es decir, del horizonte temporal, personal y material que sirva de límite a nuestra decisión. Si todo lo que importa es el caso individual, poca o ninguna relevancia tienen las consecuencias universales del criterio que usemos para resolverlo. Si pretendemos preservar algún ámbito colectivo, acaso debamos resignar nuestras pretensiones de aquí y ahora. En un extremo de este continuo se halla la *arbitrariedad* y en el otro la *impotencia*: entre una y otra se extiende el

campo en el que incluso personas que comparten los mismos valores libran duras batallas morales, jurídicas y políticas.

IV. RESUMEN Y CONCLUSIONES

El concepto de *fuentes del derecho*, esbozado por Savigny, fue rápidamente adoptado y reelaborado por los juristas. Éstos distinguieron generalmente las *fuentes materiales*, concebidas como el conjunto de motivos, razones, valores o circunstancias que dan lugar al contenido de las normas, de las *fuentes formales*, definibles como los modos en los que el derecho se manifiesta, cualquiera sea su contenido.

Las fuentes formales han sido identificadas, de modo más o menos polémico, como la *ley*, la *costumbre*, la *jurisprudencia* (o el *precedente*) y la *doctrina*. Tales nombres remiten al derecho expreso y promulgado por una autoridad identificable, a las normas que pueden inducirse a partir de la observación de las prácticas sociales y de la conciencia con que ellas sean seguidas, a las decisiones judiciales consideradas como modelos de conducta que la sociedad exige de sus miembros y, por último, a las opiniones de los especialistas. Éstos, bajo el ropaje de un análisis completo y claro del sistema jurídico vigente, introducen decisiones interpretativas y aun propuestas normativas que, de obtener consenso, pueden convertirse en parte de la realidad que ellas pretenden describir.

Las *fuentes materiales* pueden reducirse a la concreta actitud valorativa con que, en cada momento, se juzgue adecuado preferir unos estados de cosas a otros, se busque promover algunos, reducir la probabilidad de los menos deseables y dejar librados a la decisión de los individuos la persecución de cualquiera entre los estados de cosas que no exceden aquellos umbrales axiológicos. Entre las diversas modalidades que se han atribuido a la valoración, las más conspicuas fueron llamadas *justicia*, *equidad* y *seguridad*. La *justicia* es el nombre común de la *preferencia ética*, por lo que hasta ahora ha evadido los intentos que se hicieran para identificarla, fijarla y definirla, a punto tal que muchos la suponen inexistente como objeto susceptible de aprehensión. La *equidad*, tan largamente definida como la *justicia* del caso particular como vinculada al adagio *summum ius*, *summa iniuria*, no parece otra cosa que la parte de las preferencias *éticas* (esto es, las migajas de la justicia) que, sin hallarse expresadas en *normas* reconocibles o formalmente enunciadas, integran el trasfondo de la *conciencia social* y conducen, a veces, a soluciones más matizadas que las derivadas de los principios simples (Guibourg, 1987, 118-123). En otras palabras, una versión pragmática y descentralizada de lo que Alchourrón y Bulygin llamarían *lagunas axiológicas* (Alchourrón y Bulygin, 1974, 157-167). Finalmente, la *seguridad* resulta una exigencia colectiva de la *justicia*, que a veces se presenta como opuesta a preferencias éticas circunscriptas a problemas valorativos de límites más estrechos.

Desde esta perspectiva es posible volver a examinar la metáfora inicial, en la que el derecho se presentaba como una sustancia única brotada de diversas fuentes. De hecho, existen distintas opiniones acerca de la *naturaleza del derecho*, que constituyen otras tantas maneras de identificar aquella sustancia. Para decirlo claramente, un *iusnaturalista*, un *normativista* y un *realista* emplean la palabra «derecho» con diferentes contenidos y, por lo tanto, son sólo aparentes los acuerdos y los desacuerdos que entre ellos se observen respecto de un tema particular, a menos que previamente hayan llegado a una transacción semántica o que el problema se halle de tal modo acotado que, respecto de él, los significados mentados por cada uno coincidan de hecho con los implicados por el lenguaje del otro. En cada ámbito lingüístico, por cierto, la identificación y la clasificación de las *fuentes del derecho* cumplen distinta función y se justifican por argumentos insusceptibles de comparación con los que fijan en otro ámbito. Si persiste hasta nosotros la distinción entre *fuentes formales* y *fuentes materiales* y el contenido que suele atribuirse a cada una de estas clases, es porque dicho esquema es compatible con el modelo *dogmático* de *ciencia jurídica* descriptiva y porque, a su vez, este modelo, más allá de sus ficciones, imprecisiones y contradicciones, ha satisfecho aproximadamente la preferencia argumental de abogados, jueces y juristas, preocupados todos ellos por persuadirse unos a otros —hasta donde puedan— de lo que creen justo o conveniente, sin perjuicio de proclamar su respeto a la decisión del *Legislador* y alzando siempre en sus manos el báculo de la *Verdad*.

BIBLIOGRAFÍA

Es posible hallar referencias al tema de las fuentes del derecho en las obras que a continuación se enumeran. Cuando se trata de libros de mayor amplitud temática, se especifica el capítulo o pasaje correspondiente. Se han preferido las traducciones al castellano o a idiomas latinos. El año de publicación se refiere a la edición tenida a la vista.

Aftalión, E. R., García Olano, F. y Vilanova, J. (1956), *Introducción al derecho I*, El Ateneo, Buenos Aires, caps. VI, X y XI.
Aftalión, E. R., y Vilanova, J. (1988), *Introducción al derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, caps. 16 a 20.
Alchourrón, C. E., y Bulygin, E. (1974), *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires.
Aristóteles (1962), *Ética a Nicómaco*, Espasa-Calpe, México.
Atienza, M. (1985), *Introducción al derecho*, Barcanova, Barcelona, cap. 3.
Atienza, M., y Ruiz Manero, J. (1993), «Tre approcci ai principì di diritto»: *Analisi e diritto*, 9-29.
Batiffol, H. (1964), *Filosofía del derecho*, Eudeba, Buenos Aires.
Bulygin, E. (1991), «Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos: *Doxa* 9.
Carrió, G. (1965), *Notas sobre derecho y lenguaje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 79-89.

Cossio, C. (1945), *El derecho en el derecho judicial*, Buenos Aires.
Cossio, C. (1954), *Teoría de la verdad jurídica*, Losada, Buenos Aires, cap. IV.
Cueto Rúa, J. (1958), *El common law, su estructura normativa*, Buenos Aires.
Cueto Rúa, J. (1982), *Fuentes del derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
Del Carril, E. V. y Gagliardo, M. (1974), «La costumbre como fuente de derecho»: *El Derecho*, 24.X.1974.
Del Vecchio, G. (1934), *Il problema delle fonti del diritto*, Roma.
Entelman, R. F. (1964), «Los acuerdos plenarios como fuentes formales de normas generales»: *Notas de filosofía del derecho I*, 18-23.
Fernández Concha, R. (1966), *Filosofía del derecho I*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 361-404.
Friedrich, C. J. (1964), *La filosofía del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México.
Gascón Abellán, M. (1993), *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Tecnos, Madrid.
Gioja, A. L. (1951), «El desuso en el derecho», en R. Entelman (ed.), *Ideas para una filosofía del derecho I*, Sucesión de Ambrosio L. Gioja, Buenos Aires, 195-194.
Gioja, A. L. (1956), «La costumbre jurídica como un hecho», en R. Entelman (ed.), *Ideas para una filosofía del derecho I*, Sucesión de Ambrosio L. Gioja, Buenos Aires, 195-203.
Gioja, A. L. (1959a), «La jurisdicción obligatoria», en R. Entelman (ed.), *Ideas para una filosofía del derecho I*, Sucesión de Ambrosio L. Gioja, Buenos Aires, 205-213.
Gioja, A. L. (1959b), «Introducción al "Examen de los intereses sociales" de Roscoe Pound», en R. Entelman (ed.), *Ideas para una filosofía del derecho I*, Sucesión de Ambrosio L. Gioja, Buenos Aires, 333-344.
Gioja, A. L. (1973), «La costumbre jurídica», en R. Entelman (ed.), *Ideas para una filosofía del derecho II*, Sucesión de Ambrosio L. Gioja, Buenos Aires 155-203.
Guastini, R. (1993), *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Giuffrè, Milano, cap. I.
Guibourg, R. A. (1986), *Derecho, sistema y realidad*, Astrea, Buenos Aires.
Guibourg, R. A. (1987), *El fenómeno normativo*, Astrea, Buenos Aires, cap. V.
Guibourg, R. A. (1993), «De la informática jurídica a la programación política racional», en R. A. Guibourg (ed.), *Informática jurídica decisoria*, Astrea, Buenos Aires, 215-242.
Hart, H. L. A. (1962), *Derecho y moral, contribuciones a su análisis*, Depalma, Buenos Aires.
Hart, H. L. A. (1963), *El concepto de derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, caps. VIII y IX.
Hübner Gallo, J. I. (1984), *Introducción al derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 153-175.
Kelsen, H. (1958), *Teoría general del derecho y del estado*, Imprenta universitaria, México.
Kelsen, H. (1981), *Teoría pura del derecho*, UNAM, México.
Kelsen, H. (1985), *Teoría generale delle norme*, Einaudi, Turín, caps. LVIII y LIX.
Kelsen, H. (1993), *¿Qué es justicia?*, Planeta-Agostini, Barcelona.

Legaz y Lacambra, L. (1943), *Introducción a la ciencia del derecho*, Bosch, Barcelona.
Montejano, B. (1967), *Los fines del derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
Montejano, B. y Noacco, J. C. (1969), *Estática Jurídica*, Eudeba, Buenos Aires, 11-15.
Nino, C. S. (1974), *Notas de introducción al derecho III*, Astrea, Buenos Aires, 60-68.
Nino, C. S. (1980), *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 148-153.
Pérez Luño, A. E. (1991), *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona.
Pérez Luño, A. E. (1992), *Lecciones de filosofía del derecho*, Dto. de filosofía del Derecho Moral y Política, Sevilla.
Pound, R. (1959), *Examen de los intereses sociales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
Puig Brutau, J. (1951), *La jurisprudencia como fuente del derecho. Interpretación creadora y arbitrio judicial*, Bosch, Barcelona.
Recaséns Siches, L. (1959), *Tratado general de filosofía del derecho*, Porrúa, México, 283-291.
Ross, A. (1963), *Sobre el derecho y la justicia*, Eudeba, Buenos Aires, cap. 3.
Russo, E. A. (1974), «Las fuentes en la aplicación judicial del derecho», en A. Martino, E. Russo y L. Warat, *Temas para una filosofía jurídica*, Cooperadora de Derecho y Ciencias sociales, Buenos Aires, 63-69.
Savigny, F. C. *et al.* (1949), *La ciencia del derecho*, Buenos Aires.
Soler, S. (1948), «Los valores jurídicos»: *Revista jurídica de Córdoba* 2; también en *Fe en el derecho y otros ensayos*, T.E.A., Buenos Aires, 187-242.
Soler, S. (1956), «La llamada norma individual», en Id., *Fe en el derecho y otros ensayos*, T.E.A., Buenos Aires, 245-273.
Spencer, H. (1947), *La justicia*, Atalaya, Buenos Aires.
Stevenson, C. L. (1965), «El significado emotivo de los términos éticos», en A. J. Ayer (ed.), *El positivismo lógico*, Fondo de Cultura Económica, México, 273.
Tamayo y Salmorán, R. (1986), *El derecho y la ciencia del derecho*, UNAM, México, cap. III.
Vernengo, R. J. (1972), *Curso de teoría general del derecho*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, cap. 10.
Vernengo, R. J. (1973), *La naturaleza del conocimiento jurídico*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, caps. IV y V.
Vernengo, R. J. (1975), «Sobre algunas funciones de la equidad»: *La Ley 155*, 1200.
Vilanova, J. (1984), *Elementos de filosofía del derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, cap. VIII.
Ymaz, E. (1960), «Meditación sobre la jurisprudencia»: *La Ley 98*, 854.
Zuleta Puceiro, E. (1987), *Teoría del derecho, una introducción crítica*, Depalma, Buenos Aires, 107-132.

DEROGACIÓN

Josep Aguiló Reglá

I. EL CARÁCTER DINÁMICO DEL DERECHO

Es un lugar común de la teoría del Derecho contemporáneo la afirmación de que los sistemas jurídicos desarrollados se caracterizan por ser sistemas dinámicos. Con esta idea no se trata de expresar tan sólo que el contenido de los sistemas jurídicos (esto es, las normas que los componen) puede cambiar con el transcurso del tiempo, sino que todo sistema jurídico contiene reglas destinadas a regular su propio cambio. En oposición a lo anterior, estáticos serían aquellos órdenes sociales consuetudinarios en los que la única manera de cambiar sus normas consistiera

> en el lento proceso de crecimiento, mediante el cual líneas o cursos de conducta concebidos una vez como optativos, se transforman primero en habituales, y luego en obligatorios; y el inverso proceso de declinación, cuando las desviaciones, tratadas al principio con severidad, son luego toleradas y más tarde pasan inadvertidas (Hart, 1980, 115).

El carácter dinámico se predica, pues, de aquellos órdenes que contienen normas que designan qué miembros del grupo (y por qué procedimientos) pueden introducir nuevas normas y dejar sin efecto normas anteriores; esto es, se predica de los órdenes normativos que prevén la posibilidad del *cambio deliberado* de sus normas. Pues bien, la derogación es una institución íntimamente relacionada con dicha propiedad del Derecho. Su función es la de determinar qué normas han quedado sin efecto como consecuencia de actos derogatorios realizados por quien es el titular de la potestad de dictar nuevas normas[1].

1. La expresión «derogación» es ambigua; se utiliza tanto para referirse al acto derogatorio, esto es, al acto mediante el cual la autoridad titular del poder normativo produce ciertos efectos derogatorios, como para aludir a los efectos que se derivan de la realización de dichos actos.

II. LOS ACTOS DEROGATORIOS

Hay cuatro contextos típicos en los que los juristas se refieren a la derogación y que nos pueden servir para realizar una tipología de los actos derogatorios: 1) todo el mundo admite el uso de la expresión «derogación», o mejor de «disposición derogatoria», cuando se encuentra con disposiciones que prevén la derogación de disposiciones anteriores a las que mencionan, esto es, con disposiciones del tipo: «Queda derogado el art. x de la ley y». 2) Se habla también de «derogación» o de «disposiciones derogatorias genéricas» para referirse a cláusulas derogatorias que no mencionan las disposiciones que pretenden derogar. Estas cláusulas suelen adoptar formulaciones semejantes a la siguiente: «Quedan derogadas todas las disposiciones que se opongan a lo dispuesto en la presente ley». 3) Los juristas recurren también a la expresión «derogación» cuando, en la fase de interpretación y aplicación del Derecho, determinan las relaciones de preferencia entre normas jurídicas incompatibles (cf., en este volumen, el artículo «Sistema jurídico»). En estos casos los juristas operan dando por supuesto que uno de los actos de promulgación de las normas conflictivas lo era también de derogación y, en consecuencia, hablan de derogación tácita. Así, por ejemplo, denominan principios derogatorios a los criterios que gobiernan la referida ordenación, esto es, a los principios de *lex superior* (la norma superior prevalece sobre la inferior —cf., en este volumen, el artículo «Normatividad del Derecho»—), *lex posterior* (la norma posterior prevalece sobre la anterior) y *lex specialis* (la norma menos general prevalece sobre la más general). Y 4) se utiliza también la expresión «derogación» para aludir a la sustitución de textos de las fuentes del Derecho (formulaciones de normas), aunque no cambie la regulación de la materia a que se refieren. Éste es el caso, por ejemplo, de los llamados textos refundidos.

Si se analizan brevemente estos cuatro contextos[2], no es difícil darse cuenta de que de ellos podemos extraer dos tipos relevantes de actos derogatorios: los expresos y los tácitos, que se corresponden respectivamente con los casos 1) y 3). El caso 2), esto es, el de «las cláusulas derogatorias genéricas», puede ser reducido al 3) por la sencilla razón de que, como se han encargado de mostrar los estudios de técnica legislativa, dichas cláusulas derogatorias genéricas no aportan nada y son redundantes en relación con el principio de *lex posterior* (cf. Aguiló Reglá, 1990, 105 ss; Guastini, 1985, 227 y 228; y Viver i Pi-Sunyer, 1986,

2. Estos cuatro contextos de la derogación están directamente inspirados en la clasificación que hace Guastini de los actos derogatorios. Este autor distingue los actos derogatorios expresos —y, dentro de ellos, la derogación *nominata* de la derogación *innominata*— de los tácitos —y, a su vez, dentro de ellos, la derogación por incompatibilidad de la derogación por nueva disciplina— (cf. Guastini, 1987, 7 ss; y 1990, 245 ss).

176-178). Y, finalmente, el caso 4) es irrelevante para nuestros fines porque o bien se realiza incorporando cláusulas derogatorias concretas (en cuyo caso sería reducible al caso 1), o bien lo único que genera es redundancia (cf., en este volumen, el artículo «Sistema jurídico»), y éste es un problema menor del que aquí podemos prescindir.

Así, a partir de estos dos tipos de actos derogatorios, que tienen lugar en niveles distintos del lenguaje, puede hablarse de derogación expresa, que se realiza a través de las cláusulas derogatorias concretas, y de derogación tácita o por incompatibilidad, que supone la edición de normas incompatibles con las que se derogan.

III. LA DEROGACIÓN EXPRESA

1. *Algunas características de la derogación expresa*

La derogación expresa opera siempre sobre formulaciones de normas (textos de las fuentes). Para que ella tenga lugar es condición necesaria que la autoridad mencione las formulaciones que pretende derogar. El hecho de que cambie el conjunto de normas del sistema jurídico (esto es, el conjunto de acciones calificadas como prohibidas, obligatorias, facultativas o autorizadas) no es condición necesaria para afirmar que estamos ante un caso de derogación expresa: habrá derogaciones expresas que conlleven un cambio en dicho conjunto y otras que no. Lo que cambia necesariamente cada vez que hay una derogación de este tipo es el conjunto de formulaciones de normas. Del hecho de que la derogación expresa opere siempre sobre los textos de las fuentes, se sigue que la realiza directamente la autoridad edictora que tiene competencia para intervenir sobre aquéllos. Para que se produzca la derogación expresa no se requiere la intervención del intérprete o aplicador del Derecho; éste interpreta las formulaciones de normas que le suministra la autoridad edictora. No cabe hablar de incoherencia normativa como resultado de una derogación expresa: entre la cláusula derogatoria concreta y la formulación de la norma que ella menciona no puede darse una contradicción, pues sus contenidos jamás pueden ser conflictivos. El único conflicto que puede darse es entre la promulgación de la formulación de la norma que se pretende derogar y el rechazo[3] de esa formulación representado por la cláusula derogatoria concreta. Y, finalmente, el efecto que tiene la derogación expresa es el de limitar en el tiempo la posibilidad de utilizar una determinada formulación de norma como fundamento para una determinada norma.

3. Alchourrón y Bulygin han distinguido este tipo de conflicto, que denominan conflicto de ambivalencia, de la incoherencia normativa (cf. Alchourrón y Bulygin, 1991a, 121 ss).

2. *Problemas de teoría del Derecho vinculados con la derogación expresa: la norma derogatoria*

Los juristas suelen utilizar la expresión «normas derogatorias» para referirse a las cláusulas derogatorias concretas. Para la teoría del Derecho, el problema central que presenta la derogación expresa es el de determinar qué tipo de disposición jurídica son las cláusulas derogatorias concretas. En otras palabras, el problema consiste en cómo interpretar dichas cláusulas y, por tanto, cómo integrarlas dentro de una tipología coherente de disposiciones jurídicas. Aquí me voy a limitar a enunciar algunas soluciones propuestas.

1) *Normas en sentido estricto*. Desde una perspectiva tradicional y partiendo de la idea —hoy puede decirse que superada— de que todos los enunciados del Derecho expresan normas de conducta, se ha visto a las cláusulas derogatorias como prescripciones dirigidas a los jueces y funcionarios. Desde esta perspectiva, el juez que, por ejemplo, aplicase una norma derogada a un supuesto surgido con posterioridad a la derogación, incumpliría no tanto el deber general de aplicar el orden jurídico cuanto lo prescrito directamente por la cláusula derogatoria[4].

2) *Normas no independientes*. En la segunda edición de *La teoría pura del Derecho*, Kelsen clasifica las normas jurídicas en independientes y no independientes. Las primeras son las que establecen una conducta como obligatoria al estatuir la conducta contraria como condición para una sanción; y son independientes porque ellas participan de la propiedad que caracteriza al orden jurídico y que es tomada como relevante para la construcción de esta distinción, esto es, participan de la nota de la coactividad. Las normas jurídicas no independientes son las que no participan de la referida propiedad y, en consecuencia, necesitan estar en una relación esencial con alguna norma que estatuya un acto coactivo. Si no pudiera verificarse esa relación esencial, la norma en cuestión no podría ser interpretada como objetivamente jurídica; sería considerada como jurídicamente irrelevante. Dentro de dichas normas no independientes, Kelsen cita las normas derogatorias. De dicha caracterización se sigue que la validez de la norma derogatoria depende de la validez de la norma que pretende derogar. Por ello: *a*) cuando la norma derogatoria ha cumplido su función, esto es, cuando la norma a la que se refiere ha perdido validez, ella misma pierde validez; *b*) la norma derogatoria no puede ser derogada; y *c*) entre la norma derogatoria y la que ella deroga no se da conflicto alguno porque la primera incorpora no un deber-ser sino un no-deber-ser (cf. Kelsen, 1982, 67 ss; 1973, 261 ss; 1978; y 1985).

4. Sobre esta forma de entender las normas derogatorias, cf. Alchourrón, 1982, 52; y Guastini, 1987, 23 y 24.

3) *Reglas constitutivas y/o enunciados jurídicos cualificatorios.* En el Derecho, junto a los enunciados prescriptivos hay enunciados cualificatorios, es decir, enunciados que atribuyen una calificación a ciertas entidades (ya sean personas, cosas o acciones). Desde esta perspectiva, las cláusulas derogatorias son enunciados jurídicos cualificatorios que califican a otros enunciados como no pertenecientes al conjunto de enunciados vigentes. Así entendidas, las cláusulas derogatorias, como el resto de enunciados cualificatorios, no pueden ser ni obedecidas, ni aplicadas, ni violadas (cf. Carcaterra, 1974; y Hernández Marín, 1989).

IV. LA DEROGACIÓN TÁCITA O POR INCOMPATIBILIDAD

1. *Algunas características de la derogación tácita o por incompatibilidad*

La derogación por incompatibilidad opera no en el nivel de las formulaciones de normas, sino en el de los contenidos proposicionales de dichas formulaciones. Ello supone que siempre que se da una derogación por incompatibilidad se produce un cambio en el conjunto de normas del sistema. Para que la derogación por incompatibilidad tenga lugar es condición necesaria que la autoridad edictora de normas haya generado (a través de dos actos de promulgación) una incoherencia normativa. Otro elemento necesario de la derogación por incompatibilidad es la intervención del intérprete o aplicador del Derecho que debe, primero, detectar la inconsistencia, y segundo, realizar una ordenación de las normas conflictivas (dar preferencia a unas sobre otras). No toda incoherencia normativa, sin embargo, da lugar a una derogación por incompatibilidad. Sólo hay derogación cuando la ordenación de las normas conflictivas se realiza aplicando el criterio de *lex posterior.* El principio de *lex superior* puede ser visto como un principio de resolución de conflictos entre normas jurídicas, pues sirve como fundamento de todas las formas de anulación de normas jurídicas; pero verlo como un principio derogatorio —y, en consecuencia, ver la nulidad como un caso particular de derogación— lleva a una visión deformada de los modos como opera el Derecho. El principio de *lex specialis* tampoco puede ser visto como un principio derogatorio, pues opera como un criterio de individualización de disposiciones jurídicas complejas. Para fundamentar esta afirmación basta con llamar la atención sobre el hecho de que la oposición «disposiciones generales» *vs.* «disposiciones especiales» es una de las técnicas más básicas de la organización de los textos normativos. Si uno se da cuenta de ello, se percata inmediatamente de que no tiene sentido decir que, cuando el legislador promulga las disposiciones generales relativas a los contratos y las particulares relativas a cada uno de los diferentes tipos de contrato, está simultáneamente promulgando y derogando las referidas disposiciones generales.

2. *Algunos problemas de teoría del Derecho vinculados con la derogación tácita: el estatus del principio de* lex posterior

Una cuestión vinculada con la derogación por incompatibilidad, que ha tenido cierta importancia dentro de la teoría del Derecho, es la de determinar si el principio de *lex posterior* tiene un carácter contingente o necesario. La tesis de la contingencia viene a sostener que el referido principio es una norma positiva más y que, como tal, puede estar presente o no en un orden jurídico. La tesis de la necesariedad, por el contrario, sostiene que, dado que el dinamismo es un rasgo necesario del Derecho, no puede haber órdenes jurídicos que no contengan dicho principio.

V. EL EFECTO DE LOS ACTOS DEROGATORIOS Y EL CONCEPTO DE ORDEN JURÍDICO

En general, y siempre que no operen otros principios especiales relativos a la aplicación de las normas jurídicas, el efecto que produce un acto derogatorio es que la norma derogada deberá ser aplicada en aquellos casos aún no resueltos que surgieron con anterioridad a la derogación, pero no a la resolución de nuevos casos. En este sentido, los efectos de los actos derogatorios no plantean, salvo casos muy específicos, especiales problemas para la teoría del Derecho. Sin embargo, de todo lo dicho hasta ahora se sigue que el contenido del orden jurídico va cambiando como consecuencia de actos de promulgación y de derogación. Pues bien, un problema relevante para la teoría del Derecho es el de cómo explicar que los cambios de contenido del orden jurídico no afectan a su identidad.

Alchourrón y Bulygin, cuya contribución a la teoría de la derogación debe ser calificada como fundamental, han abordado dicho problema distinguiendo entre sistema jurídico (entendido como conjunto de normas que contiene todas sus consecuencias lógicas) y orden jurídico (entendiendo como secuencia de sistemas jurídicos). Así, cada acto de promulgación o derogación produce un cambio de sistema pero no de orden. ¿Qué ocurre, entonces, cuando se deroga una norma? Si la norma derogada es una norma formulada, se sustrae del sistema anterior dicha norma, las consecuencias lógicas que de ella se derivan y todas las normas para cuya derivación ella era necesaria. Si la norma derogada es una norma derivada puede ocurrir que la norma en cuestión no sea consecuencia de ninguna norma en particular, sino de un conjunto de normas. Cuando ello ocurre, el resultado no es un determinado sistema jurídico sino una pluralidad alternativa de sistemas. Dicho problema es conocido como el de la «indeterminación lógica del sistema jurídico» (cf. Alchourrón y Bulygin, 1991a; 1991b; cf. el artículo «Sistema jurídico» en este volumen).

VI. DEROGACIÓN Y VALIDEZ

1. *La noción de validez jurídica*

La noción de validez jurídica es altamente problemática y ha sido fuente de infinitos enredos en la teoría del Derecho. Predicada de las normas jurídicas, la expresión «validez» ha adquirido como mínimo tres significados diferentes: *a*) que la norma existe, esto es, que ha sido promulgada; *b*) que la norma ha sido regularmente promulgada, esto es, que se ha seguido el procedimiento previsto y que su contenido es compatible con el de las normas superiores; y *c*) que la norma debe ser obedecida. Si hasta ahora he hablado de la derogación sin acudir a la noción de validez, es debido al carácter problemático de esta última. Pero, ciertamente, la teoría del Derecho ha definido la derogación, en general, como uno de los modos de perder validez de las normas jurídicas. Aquí no entraré a analizar el concepto de validez, sino que me limitaré a distinguir la derogación de otras figuras que tradicionalmente se han definido también como modos de perder validez de las normas jurídicas.

2. *Derogación y anulabilidad*

En general, una norma será calificada como nula por el hecho de que o bien no se han satisfecho las condiciones estipuladas en una norma que confiere poderes, o bien se ha vulnerado lo establecido en alguna norma que impone deberes relativos al ejercicio de esos poderes. Así, la nulidad de una norma será el resultado de que o bien la ha impuesto una autoridad a la que no se le había conferido el poder, o bien la autoridad ha utilizado un procedimiento distinto del previsto, o bien la autoridad ha vulnerado los límites de su poder al dictar una norma que entra en conflicto con normas superiores. Pues bien, la derogación y la anulabilidad son instituciones diferentes que cumplen funciones diferentes, producen efectos diferentes y son llevadas a cabo por autoridades diferentes. La derogación de normas cumple la función de permitir el cambio regular del sistema jurídico (es el resultado de un cambio regular de voluntad normativa); en general, produce el efecto de limitar en el tiempo la aplicación de las normas derogadas, y es llevada a cabo por la autoridad edictora de normas. La declaración de nulidad, por el contrario, cumple la función de impedir los cambios irregulares del sistema (es el resultado de preservar una determinada voluntad normativa); en general, produce el efecto de excluir totalmente la aplicabilidad de las normas declaradas nulas, y es llevada a cabo por la autoridad aplicadora del Derecho.

3. *Derogación y desuetudo*

Por desuetudo suele entenderse la pérdida de validez de un norma jurídica por falta de eficacia, en el sentido de falta de aplicación; es decir, por

el hecho de que los jueces no la apliquen en la resolución de casos. La derogación se distingue de la desuetudo en que mientras aquélla es siempre el resultado de un cambio deliberado de voluntad normativa, ésta es el resultado de un proceso no deliberado. Además, en cuanto a los efectos, se distingue también porque la desuetudo implica que la norma «obsoleta» no puede volver a ser aplicada en la resolución de ningún tipo de caso. Otra cosa es, y aquí no voy a entrar en ello, que resulte problemático determinar las condiciones y el momento en que se produce la pérdida de validez por desuetudo.

4. *Derogación y abolición*

La abolición suele reservarse para la extinción deliberada de instituciones. Así, mientras que la derogación se refiere a normas, la abolición afecta a aquellos entramados de normas a los que se alude con la expresión «institución». En este sentido, por ejemplo, se habla de la abolición de la pena de muerte, de la esclavitud, de la nobleza, de los diezmos, etc., en lugar de referirse a la derogación de todas las normas que prevén la pena de muerte como sanción, que regulan la esclavitud, etc. Podría pensarse, sin embargo, que ésa es la única diferencia entre una figura y otra, de forma tal que toda abolición puede entenderse como un conjunto de derogaciones. Pero la abolición implica algo más que la derogación. Ya se ha visto que el efecto normal de la derogación, salvo que se especifique otra cosa o intervengan otros principios como los del derecho penal, consiste en la limitación temporal de la aplicabilidad de las normas jurídicas, de forma que las normas derogadas seguirán siendo aplicables a las relaciones jurídicas que surgieron cuando la norma estaba en vigor. La abolición, por el contrario, tiene un cierto componente de ruptura del que carece la simple derogación. La abolición de una institución implica, por decirlo de algún modo, un juicio de ilegitimidad sobre la misma que se manifiesta en la extinción de las relaciones jurídicas surgidas a su amparo. Para mostrarlo con un ejemplo: la derogación de la ley de arrendamientos urbanos no supone la extinción de todas las relaciones jurídicas que se constituyeron previamente, pero la abolición de la esclavitud es incompatible con la existencia de esclavos.

BIBLIOGRAFÍA

Aguiló Regla, J. (1990), «Técnica legislativa y documentación automática de legislación»: *Informática e diritto*, enero-abril.

Aguiló Regla, J. (1991), «La derogación de normas en la obra de Hans Kelsen»: *Doxa 10*.

Aguiló Regla, J. (1992), «Derogación, rechazo y sistema»: *Doxa 11*.

Alchourrón, C. E. (1982), «Normative Order and Derogation», en A. A. Martino (ed.), *Deontic Logic, Computational Linguistics and Legal Information Systems*, North Holland, Amsterdam-New York-Oxford.

Alchourrón, C. E. y Bulygin, E. (1975), *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires.
Alchourrón, C. E. y Bulygin, E. (1991a), «La concepción expresiva de las normas», en C. Alchourrón y E. Bulygin, *Análisis lógico y Derecho*, C.E.C., Madrid.
Alchourrón, C. E. y Bulygin, E. (1991b), «Sobre el concepto de orden jurídico», en C. Alchourrón y E. Bulygin, *Análisis lógico y Derecho*, C.E.C., Madrid.
Alchourrón, C. E. y Makinson, D. (1981), «Hierarchies of Regulations and their Logic», en R. Hilpinen (ed.), *New Studies in Deontic Logic*, Reidel, Dordrecht.
Bacqué, J. A. (1964), «Doble negación y doble derogación»: *Notas de Filosofía del Derecho 1*.
Bulygin, E. (1991a), «Teoría y técnica de la legislación», en C. Alchourrón y E. Bulygin, *Análisis lógico y Derecho*, C.E.C., Madrid.
Bulygin, E. (1991b), «Dogmática jurídica y sistematización del Derecho», en C. Alchourrón, *Análisis lógico y Derecho*, C.E.C., Madrid.
Bulygin, E. (1991c), «Tiempo y validez», en C. Alchourrón y E. Bulygin, *Análisis lógico y Derecho*, C.E.C., Madrid.
Caracciolo, R. (1988), *El sistema jurídico. Problemas actuales*, C.E.C., Madrid.
Carcaterra, G. (1974), *Le norme costitutive*, Giuffrè, Milano.
Carrió, G. R. (1964), «Un supuesto principio absoluto puesto en jaque»: *Notas de Filosofía del Derecho 1*.
Cueto Rúa, J. C. (1964), «A propósito de la doble derogación y su jaque»: *Notas de Filosofía del Derecho 2*.
Diez-Picazo, L. M. (1990), *La derogación de las leyes*, Civitas, Madrid.
Gioja, A. (1964), «Von Wright y la derogación»: *Notas de Filosofía del Derecho 2*.
Guastini, R. (1985), «Questioni di tecnica legislativa»: *Le Regioni 2-3*.
Guastini, R. (1987), «In tema di abrogazione», en C. Luzzati (ed.), *L'abrogazione delle leggi. Un dibattito analítico*, Giuffrè, Milano.
Guastini, R. (1990), *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, Torino.
Hart, H. L. A. (1980), *El concepto de Derecho*, G. Carrió (trad.), Editora Nacional, México.
Hernández Marín, R. (1989), *Teoría General del Derecho y de la ciencia jurídica*, PPU, Barcelona.
Kelsen, H. (1973), «Derogation», en O. Weinberger (ed.), *Essays in Legal and Moral Philosophy*, Reidel, Dordrecht.
Kelsen, H. (1978), *Derecho y Lógica*, U. Schmill y J. Castro (trads.), UNAM, México.
Kelsen, H. (1982), *La teoría pura del Derecho*, R. J. Vernengo (trad.), UNAM, México.
Kelsen, H. (1985), *Teoría generale delle norme*, M. G. Losano (ed.), M. Torre (trad.), Einaudi, Torino.
Mendonça, D. (1993), «Atti di abrogazione e norme abrogatrici»: *Analisi e diritto*.
Navarro, P. E. (1993), «Promulgazione e abrogazione di norme giuridiche»: *Analisi e diritto*.

Navarro, P. E. y Redondo, C. (1990), «Derogation, Logical Indeterminacy, and Legal Expressivism»: *Rechtstheorie 21*.
Viver i Pi-Sunyer, C. (1986), «La parte final de las leyes», en GRETEL, *La forma de las leyes (10 estudios de técnica legislativa)*, Bosch, Barcelona.

VALIDEZ Y EFICACIA DE LAS NORMAS JURÍDICAS

Pablo E. Navarro

I

En la *Teoría Pura del Derecho*, Kelsen afirma (1979, 219) que la relación entre validez y eficacia de las normas jurídicas es uno de los problemas fundamentales de una teoría positivista del derecho. Esta afirmación puede ser generalizada, ya que la relación entre eficacia y validez de las normas jurídicas es uno de los problemas centrales de los discursos teóricos acerca del derecho positivo. Sin embargo, mientras que el concepto de validez ha sido objeto de numerosos estudios[1], las discusiones acerca de la eficacia de las normas jurídicas han sido esporádicas[2]. Dos razones, al menos, podrían invocarse en la explicación de este hecho:

a) la eficacia del derecho no es un problema teórico independiente. Normalmente, por «eficacia» se designa una determinada relación de adecuación entre normas y conductas de los individuos. Por tanto, el único problema relevante respecto de la eficacia del derecho es la individualización de las normas y acciones humanas. Luego de la identificación de una norma N y una acción A, sólo resta constatar la adecuación de A respecto de la norma N.

b) El objeto de la ciencia jurídica es la descripción de las normas válidas de un sistema jurídico. Por consiguiente, la investigación acerca de las relaciones entre las normas jurídicas y las conductas de los individuos del grupo es una tarea a desarrollar por otras disciplinas, verbi-

1. Entre los numerosos trabajos dedicados al análisis del concepto de validez, cf. Hart, 1961; Nino, 1985; Raz, 1979; Ross, 1963; Kelsen, 1979; Vernengo, 1976; Garzón Valdés, 1977; von Wright, 1963; Bulygin, 1991a; Delgado Pinto, 1990.

2. Cf. Bulygin, 1965 y 1991b; Garzón Valdés, 1965; Guibourg, 1986; Navarro, 1990; Caracciolo, 1977; Hernández Marín, 1989; Ingram, 1983; Lagerspetz, 1989.

gracia, la Sociología del Derecho. Sin embargo, es preciso destacar que, aunque establecer si un determinado conjunto de normas es eficaz en un tiempo *t* requiere una investigación empírica acerca del comportamiento de los individuos del grupo social en el tiempo *t*, determinar las condiciones de verdad de los enunciados que predican eficacia de un conjunto de normas es una tarea conceptual.

Aun si se admite que la eficacia del derecho no es un problema teórico independiente, esta noción desempeña un papel central en el análisis del derecho positivo. Aunque la eficacia de las normas es crucial para las doctrinas positivistas, la importancia de la relación entre eficacia y validez de las normas jurídicas se manifiesta en problemas centrales para cualquier teoría general del derecho, por ejemplo, normatividad del derecho, naturaleza social de los sistemas jurídicos, explicación y predicción del comportamiento de los individuos en un grupo social, etc. En un nivel muy general, los diferentes discursos teóricos acerca del derecho positivo presuponen que:

a) la existencia del derecho depende de *hechos sociales*, es decir, de las conductas y actitudes de los individuos. Normalmente, estos hechos sociales pueden ser discriminados en dos aspectos íntimamente relacionados. Por una parte, las actitudes y acciones de las autoridades normativas, *i.e.* promulgación, derogación, aceptación, aplicación de sanciones, etc.; por otra parte, la eficacia de las normas que, *prima facie*, se asocia con el comportamiento de los destinatarios de las normas.

b) El derecho es una técnica específica de motivación de comportamientos. Las normas jurídicas, normalmente, son creadas por las autoridades normativas a los efectos de influir en el comportamiento de los individuos. En este sentido, las autoridades intentan determinar, por medio de prescripciones, las acciones de los individuos del grupo.

Las relaciones entre normas y conducta de los individuos, involucra a una *familia* de conceptos, denominada generalmente con una misma palabra: eficacia (von Wright, 1989, 766 ss). En este sentido, Kelsen ha destacado la relevancia de los conceptos de eficacia normativa y causal en una teoría general del derecho (Kelsen, 1979, 40-41; Moreso y Navarro, 1991; Vernengo, 1985). Estos conceptos pueden analizarse de la siguiente manera:

1. *Eficacia normativa* o conformidad de los sujetos a las normas del sistema jurídico. Una norma es eficaz en sentido normativo en los siguientes casos: *a*) acatamiento. Los individuos producen las acciones deónticamente calificadas como obligatorias por las normas del sistema jurídico. *b*) Aplicación de la sanción. Las autoridades ejecutan la sanción prescrita en los casos en que los sujetos no acatan las normas del sistema jurídico.

2. *Eficacia causal* o incidencia de la normas jurídicas en la determinación del comportamiento de los individuos. Una norma es causalmente eficaz si y sólo si los individuos acatan las normas jurídicas por el deseo del premio o el temor estipulado en la sanción.

Estas diferencias conceptuales son particularmente relevantes en una investigación acerca de los siguientes problemas de teoría jurídica:

1. *Existencia de las normas y sistemas jurídicos.* La eficacia de las normas es uno de los principales criterios para distinguir entre sistemas jurídicos «existentes» (vigentes) y sistemas «inexistentes», por ejemplo, sistemas jurídicos que han tenido vigencia en el pasado o sistemas jurídicos «ideales» conformes a alguna pauta específica de moralidad. A pesar de las diferentes formulaciones de las relaciones entre existencia y eficacia, es común sostener que la existencia de un sistema jurídico Sj depende de la eficacia de las normas de Sj (Raz, 1980, cap. X; Ingram, 1983; Kliemt, 1986, 196). Este requisito puede ser denominado «*Principio de Eficacia*» (Raz, 1980, cap. X) y puede ser enunciado del siguiente modo: la eficacia de las normas de un sistema Sj es una condición necesaria de la existencia de Sj.

2. *Efectividad de las normas y sistemas jurídicos.* Por «efectividad del sistema jurídico» puede entenderse el modo en que el derecho incide en la determinación del comportamiento de los individuos, afectando sus motivos o razones para la acción. Por tanto, el funcionamiento del derecho está vinculado a la manera en que las normas *guían* el comportamiento de los individuos del grupo. Normalmente, se admite que el derecho guía el comportamiento de los individuos si y sólo si es eficaz (Raz, 1980, «*Postscriptum*»). Este concepto de eficacia podría ser considerado como un criterio para evaluar el funcionamiento de los sistemas jurídicos. Pero, mientras que el conocimiento e incidencia de las normas es indispensable en el nivel de la determinación del comportamiento mediante normas jurídicas, estos requisitos pueden ser demasiado fuertes al analizar la relación entre eficacia de las normas y existencia de los sistemas jurídicos (Kliemt, 1986).

3. *Eficiencia de las normas y sistemas jurídicos*[3]. La existencia de los sistemas jurídicos está vinculada, por una parte, a la motivación del comportamiento y regulación del uso de la coacción. Por otra parte, a la satisfacción de determinados objetivos sociales, por ejemplo, asignación de bienes, distribución de cargas, etc. (Raz, 1979, cap. IX). En este último sentido, un sistema jurídico S puede ser considerado eficiente si el comportamiento de los individuos se adecua a las normas de S y se logra satisfacer determinados objetivos sociales.

3. El término «eficiencia» es ambiguo. Aunque algunos de los significados asociados normalmente a esta palabra están relacionados con estrategias óptimas de comportamiento (Calsamiglia, 1987), en este trabajo «eficiencia» es utilizada *lato sensu*.

Es probable que el uso de diferentes conceptos de eficacia sea una importante fuente de confusión. Normalmente se sostiene que el derecho guía el comportamiento si y sólo si es eficaz. Sin embargo, las normas de un sistema jurídico pueden ser eficaces en un sentido normativo y no intervenir en el razonamiento práctico de los individuos. Por consiguiente, aun en caso de eficacia normativa de las normas del sistema tiene sentido interrogarse acerca de su incidencia en la motivación del comportamiento, es decir, acerca de la eficacia causal de las normas del sistema (Navarro y Redondo, 1991). También es importante destacar que la eficiencia de un sistema jurídico implica que las normas del sistema son eficaces en sentido normativo, pero no es necesario que sean eficaces en sentido causal. Por consiguiente, la eficacia normativa puede ser considerada el concepto básico para la explicación de la eficacia del derecho.

Si la eficacia es una propiedad de las normas es importante advertir que la eficacia de una norma jurídica es compatible con su desobediencia esporádica (Caracciolo, 1977). La eficacia de una norma N no requiere del cumplimiento de N en todas las ocasiones (Navarro, 1990, 22 ss)[4].

Los sistemas jurídicos son conjuntos de normas (Alchourrón y Bulygin, 1974, 103 ss). Si se admite que la eficacia es una propiedad de normas jurídicas, entonces también es plausible analizar si tiene sentido predicar eficacia de los sistemas jurídicos. Es posible señalar, al menos, tres líneas de aproximación a este problema: *a*) la eficacia de un sistema S depende de la eficacia de todas las normas de S; *b*) la eficacia de S depende de la eficacia de algunas normas de S, por ejemplo la mayoría de las normas del conjunto; *c*) la eficacia de S es independiente de la eficacia de las normas que pertenecen a S (Navarro, 1990, 22 y ss). Obviamente, estas alternativas son importantes para el análisis de la existencia de los sistemas jurídicos (*Principio de Eficacia*). Sin embargo, es posible afirmar que ninguna teoría acerca de los sistemas jurídicos ha abordado estos problemas exhaustivamente (Raz, 1980, 203 ss).

II

Por «enunciados de validez» y «enunciados de eficacia» entenderé enunciados del siguiente tipo: «La norma N es válida», «La norma N es eficaz», «El sistema Sj es ineficaz», etc. En el discurso jurídico, un enunciado de validez puede expresar diferentes proposiciones. Por ejemplo, afirmar que la norma N es válida significa, al menos, que (Nino, 1985; Bulygin, 1991a y 1991c; Harris, 1979, 107 ss):

4. Para un análisis de los conceptos de eficacia como propiedad de las normas y como relación entre normas y comportamientos específicos, cf. Caracciolo, 1977; y Navarro, 1990.

a) la norma N pertenece a un sistema jurídico Sj (*Pertenencia*).
b) la norma N debe ser obedecida (*Obligatoriedad*).
c) la norma N ha sido legalmente creada (*Legalidad*).
d) la norma N está en vigor (*Vigencia*).
e) la norma N existe de modo específico (*Existencia*).

Es fácil advertir que estos conceptos de validez son diferentes. Por ejemplo, cuando «validez» es utilizado en el sentido de obligatoriedad expresa un concepto normativo. En el sentido de pertenencia, «validez» expresa un concepto descriptivo. También es necesario destacar que los diferentes conceptos de validez no son siempre compatibles, por ejemplo, no todas las normas que pertenecen al sistema jurídico han sido creadas legalmente (von Wright, 1963, 199; Caracciolo, 1988, 31). Los enunciados de validez no sólo expresan diferentes proposiciones, sino que es necesario destacar que pueden expresar diferentes *tipos* de proposiciones. Por una parte, pueden expresar proposiciones *acerca* de normas jurídicas. Por otra parte, pueden expresar proposiciones normativas (en el sentido de significados normativos)[5].

Uno de los problemas vinculados a la relación entre validez y eficacia del derecho es la existencia de las normas y sistemas jurídicos. En este sentido, Garzón Valdés (1977, 65) afirma que:

> La definición de validez deberá establecer entonces criterios de existencia y membrecía no para un sistema que exista sólo «en el papel» o que pertenezca al pasado, sino que sea vigente en la actualidad.

Sin embargo, la expresión «existencia de las normas» es notoriamente ambigua. A menudo, la discusión acerca de la existencia de las normas jurídicas se refiere a si es posible (o necesario) predicar determinadas propiedades de las normas jurídicas. En este sentido, analizar la «existencia» de una norma jurídica N equivale a determinar si es verdad que N posee determinadas características. Siguiendo a Bulygin (1991c, 509), es conveniente analizar, al menos, cuatro sentidos de la expresión «existencia de las normas». Por consiguiente, cuando se afirma que existe una norma jurídica N hay que distinguir entre:

a) *Existencia fáctica*. En este caso, se afirma que una norma está en vigor en un determinado grupo social.
b) *Pertenencia*. En este caso, se afirma que una norma es miembro de un determinado sistema jurídico.
c) *Obligatoriedad*. En este caso, se afirma que una norma posee fuerza obligatoria, es decir, que la norma debe ser obedecida.

5. Al respecto, cf. los comentarios de Raz (1986, 21) a la doctrina de los *enunciados internos* de Hart.

d) *Existencia formal*. En este caso se afirma que una norma ha sido promulgada o es consecuencia lógica de otras normas promulgadas.

Conforme al análisis precedente, se puede observar que algunos conceptos de existencia coinciden con algunos conceptos de validez, mientras que el concepto de existencia fáctica coincide, a grandes rasgos, con algunos conceptos de eficacia. Por tanto, investigar la relación entre validez y eficacia de las normas jurídicas puede ser considerado como un análisis de los distintos modos en que pueden existir las normas y sistemas jurídicos.

III

Los juristas, a menudo, discrepan acerca de la caracterización de la existencia fáctica de las normas. Algunas veces se admite que la existencia de una norma depende de su validez y se reduce la validez de las normas a la vigencia (von Wright, 1963, 195-196). Para esta línea de análisis una norma es válida si y sólo si está vigente (*in force*) en un determinado grupo social. Aunque es posible reconstruir diversos conceptos de vigencia (como propiedad disposicional, motivación psicológica, etc.; al respecto, cf. Bulygin, 1991b), resulta intuitivo admitir vinculaciones entre vigencia y eficacia. Por ejemplo, puede sostenerse que una norma N está vigente cuando los individuos obedecen a N o, también, cuando las autoridades castigan la desobediencia a N (von Wright, 1989, 767). Si se adopta esta caracterización de «vigencia», «validez» y «eficacia», entonces, la relación entre validez y eficacia es analítica. Una alternativa a esta concepción es desvincular el concepto de vigencia de las nociones de eficacia y validez. Probablemente, las relaciones entre existencia, eficacia y validez sirvan para explicar algunos aspectos centrales de la polémica entre iusnaturalistas y positivistas. Para un iusnaturalista, la validez, en el sentido normativo de obligatoriedad de una norma N, es una condición necesaria de la existencia de N con independencia de su eficacia. Por el contrario, para un positivista, la eficacia de una norma N es una condición necesaria de la existencia de N con independencia de su validez (obligatoriedad). Concluiré con un breve análisis de algunos problemas para teorías no-reduccionistas de los conceptos de validez y eficacia, como las teorías de Hart y Kelsen[6]. Siguiendo a Bulygin (1965) es interesante formular, al menos, los siguientes interrogantes:

6. Obviamente, un análisis exhaustivo de este problema tiene que considerar las respuestas ofrecidas por enfoques alternativos al positivismo jurídico. Por razones de espacio y atendiendo a la importancia otorgada por los positivistas a esta cuestión, consideraré solamente algunas de las tesis de Hart y Kelsen.

a) ¿Depende la validez de un orden jurídico de la eficacia de cada norma que lo compone?

b) ¿Depende la validez de un orden jurídico de la eficacia general de este orden?

c) ¿Depende la validez de una norma de su eficacia?

d) ¿Depende la validez de una norma jurídica de la eficacia del orden al que pertenece?

Las respuestas de Hart y Kelsen pueden ser esbozadas del siguiente modo. Para Hart, la validez de una norma depende de su adecuación a los criterios determinados en la regla de reconocimiento de un sistema jurídico. A su vez, la eficacia de una norma requiere que la norma en cuestión sea generalmente obedecida. Por consiguiente, Hart concluye que la relación entre eficacia y validez es contingente y tiene que ser analizada conforme a los criterios específicos de una regla de reconocimiento determinada. Sin embargo, Hart admite que existe una relación necesaria entre eficacia y existencia de los sistemas jurídicos (1983, 78):

> [...] se puede decir que una regla de derecho existe aunque sea aplicada u obedecida solamente en una minoría de casos, pero no puede decirse lo mismo de un sistema jurídico como un todo

En la *Teoría Pura del Derecho*, la respuesta a la pregunta *a*) es negativa, y las respuestas a las tres restantes son afirmativas. Sin embargo, cuando se predica «validez» de un orden jurídico, este término no puede significar pertenencia. Por tanto, es probable que, en este caso, Kelsen utilice un sentido normativo de validez (obligatoriedad). Pero, entonces, es necesario advertir que los conceptos de eficacia son descriptivos y no resulta fácil compatibilizar las relaciones entre eficacia y validez normativa con una separación estricta entre juicios normativos y descriptivos.

Según se ha mostrado, no tiene mayor sentido preguntarse acerca de *una única relación* entre validez y eficacia. Por el contrario, es importante destacar que hay distintos *tipos* de relaciones entre los diferentes conceptos de validez y eficacia. Distintos conceptos de norma, validez y eficacia son relevantes con relación a diferentes problemas. Una de las tareas de la filosofía del derecho es integrarlos sistemáticamente.

BIBLIOGRAFÍA

Alchourrón, C. y Bulygin, E. (1974), *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires.

Alchourrón, C. y Bulygin, E. (1979), *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, Universidad de Carabobo, Valencia, Venezuela.

Alchourrón, C. y Bulygin, E. (1991), *Análisis Lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Bulygin, E. (1965), «La relación entre validez y eficacia en Kelsen y Hart»: *Notas de Filosofía del Derecho 4*, 1967.
Bulygin, E. (1981), «Alf Ross y el realismo escandinavo»: *Anuario de Filosofía Jurídica y Social 1*, 75-89.
Bulygin, E. (1991a), «Tiempo y Validez», en C. Alchourrón y E. Bulygin, *Análisis Lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 195-214.
Bulygin, E. (1991b), «El concepto de vigencia en Alf Ross», en C. Alchourrón y E. Bulygin, *Análisis Lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 339-354.
Bulygin, E. (1991c), «Validez y Positivismo», en C. Alchourrón y E. Bulygin, *Análisis Lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 499-520.
Calsamiglia, A. (1987), «Eficiencia y derecho»: *Doxa 4*, 267-287.
Caracciolo, R. (1977), «Interpretación de sentido y conocimiento jurídico»: *Revista Latinoamericana de Filosofía 2/III*.
Caracciolo, R. (1988), *El Sistema Jurídico. Problemas Actuales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
Delgado Pinto, J. (1990), «Sobre la vigencia y la validez de las normas jurídicas»: *Doxa 7*, 101-168.
Garzón Valdés, E. (1965), «Acerca de las nociones de validez, eficacia y existencia en H. L. A. Hart»: *Notas de Filosofía del Derecho 4*, 1967.
Garzón Valdés, E. (1977), «Algunos modelos de validez normativa»: *Revista Latinoamericana de Filosofía 1/III*, 41-68.
Guibourg, R. (1981), «Hart y la escuela analítica inglesa»: *Anuario de Filosofía Jurídica y Social 1*, 91-105.
Guibourg, R. (1986), *Derecho, Sistema y Realidad*, Astrea, Buenos Aires.
Harris, J. (1979), *Law and Legal Science*, Clarendon, Oxford.
Hart, H. L. A. (1961), *The Concept of Law*, Clarendon, Oxford.
Hart, H. L. A. (1983), *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon, Oxford.
Hernández Marín, R. (1989), *Teoría General del Derecho y de la Ciencia Jurídica*, P.P.U, Barcelona.
Ingram, P. (1983), «Efectiveness»: *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie LXIX*, 484-503.
Kelsen, H. (1969), «Una teoría "realista" y la Teoría Pura del Derecho», en Id., *Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho*, E. Vázquez (trad.), Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 7-46.
Kelsen, H. (1979), *Teoría Pura del Derecho*, R. Vernengo (trad.), UNAM, México.
Kliemt, H. (1986), *Instituciones Morales*, J. M. Seña (trad.), Alfa, Barcelona.
Lagerspetz, E. (1989), «Hart and the separation thesis»: *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie LXXV*.
Moreso, J. J. y Navarro, P. (1991), «Eficacia y Constitución»: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales 10*.
Navarro, P. (1990), *La eficacia del Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
Navarro, P. y Redondo, C. (1991), «Aceptación y funcionamiento del derecho»: *Doxa 9*, 225-234.

Nino, C. (1985), *La validez del Derecho*, Astrea, Buenos Aires.
Raz, J. (1979), *The Authority of Law,* Clarendon, Oxford.
Raz, J. (1980), *The Concept of a Legal System*, Clarendon, Oxford.
Raz, J. (1986), «H. L. A. Hart»: *Revista de Ciencias Sociales. Universidad de Valparaíso* 28, 17-32.
Ross, A. (1963), *Sobre el Derecho y la Justicia*, G. Carrió (trad.), Eudeba, Buenos Aires.
Vernengo, R. (1976), *Curso de Teoría General del Derecho,* Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires.
Vernengo, R. (1985), «Validez y verdad en la *Teoría General de las Normas* de Hans Kelsen»: *Anales de la Cátedra Francisco Suarez* 25, 3-27.
Wright, G. von (1963), *Norm and Action*, Routledge & Kegan Paul, London.
Wright, G. von (1989), «A reply to my critics», en P. Schilpp *et al.* (eds.), *The Philosophy of Georg Henrik von Wright*, The Library of Living Philosophers, Open Court, La Salle, Illinois.

IV
APLICACIÓN DEL DERECHO

JURISDICCIÓN

Modesto Saavedra López

I. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE JURISDICCIÓN

Como ocurre con otros muchos términos del lenguaje ordinario, el término jurisdicción no posee unos contornos precisos, ya que suele ser empleado para designar realidades en cierto modo diferentes. Como mínimo, puede referirse al poder que posee una determinada autoridad (cuando se habla, por ejemplo, de la jurisdicción del gobernador civil de una provincia), al territorio o demarcación territorial sobre la que se ejerce ese poder (por ejemplo, las aguas jurisdiccionales de un Estado), o a la potestad de enjuiciamiento y decisión de determinados conflictos sociales con arreglo a criterios jurídicos (función jurisdiccional). Esta última acepción es la originaria, y, desde luego, es en este sentido en el que el término jurisdicción es objeto de análisis aquí.

Efectivamente, desde el punto de vista etimológico *iurisdictio* es la potestad de decir el derecho, y más concretamente, de decir el derecho aplicable a una situación o conducta que rompe la paz jurídica. En otros términos, es la determinación de un criterio jurídico de decisión para un problema que no puede ser resuelto espontáneamente. En el derecho romano esta potestad es una manifestación del *imperium* del magistrado. No equivale a legislar, sino a expresar o pronunciar lo que se tiene como derecho válido según las fuentes admitidas, aunque éstas impliquen un grado más o menos fuerte de indeterminación y, por tanto, de creación casualista del derecho.

De esta vinculación de la *iurisdictio* con el *imperium*, o más generalmente, con la posesión del poder político en un determinado territorio, procede el sentido lato de jurisdicción como capacidad de mandar o de tomar decisiones políticas. Pero el sentido genuino de jurisdicción es el de poder para decidir controversias según criterios jurídicos que sirven de fundamento para la decisión. Insistir en estas dos notas es

esencial para aclarar el sentido filosófico-jurídico del término: enjuiciar autoritariamente y enjuiciar justificadamente. Efectivamente, la jurisdicción es poder (para decidir una situación de manera irrevocable), pero es poder que se ejerce adoptando determinados criterios que se estiman justificados para el enjuiciamiento.

En el curso de la evolución social el proceso de abandono de la justicia privada y de estabilización de una organización judicial es lento y difícil. Sin embargo, llega un momento en que se considera imprescindible el recurso a alguien ajeno a los intereses en juego para que, desde una posición de imparcialidad, resuelva los conflictos cuya composición espontánea amenaza con destruir el orden establecido. Se pasa así de la autotutela a la heterotutela. La prohibición de la autotutela supone una renuncia al ejercicio de la fuerza privada en favor de la decisión de una tercero imparcial, extraño al conflicto, capaz de enjuiciar objetivamente de acuerdo con normas o principios preestablecidos. Con la constitución de la soberanía, la jurisdicción se convierte en una función del poder político, asumida y organizada por el Estado. Ello sin perjuicio de la existencia del arbitraje, que supone la permanencia residual de una jurisdicción no estatal, aunque reconocida por el orden jurídico del Estado.

Pero aun cuando es una función del poder —e incluso en el caso del arbitraje—, se supone que el ejercicio de la actividad jurisdiccional ha de hacerse de acuerdo con criterios que puedan ser generalmente aceptados. No basta la preeminencia o superioridad política del que enjuicia sobre las partes en litigio. La jurisdicción es lo opuesto a la arbitrariedad. La autoridad en el sentido hobbesiano puede hacer la ley, pero la jurisdicción exige, en cierto modo, la verdad. Lo cual puede querer decir dos cosas: que el criterio de decisión encarne una verdad jurídica o de justicia representada por unos valores supuestamente objetivos, o que, al menos, existan unos criterios establecidos con anterioridad que, cualquiera que sea su contenido, puedan ser aplicados al caso concreto. Esto es lo mínimo que caracteriza a la jurisdicción para seguir mereciendo tal denominación. Así pues, los criterios que la jurisdicción aplica pueden estar previamente fijados en las leyes o en los precedentes recaídos con anterioridad sobre casos similares. Si no se hallan fijados con anterioridad, se establecen en el momento de la decisión, pero no como una pura emanación del poder, sino por su valor, es decir, por su capacidad de convertirse en fuente de resolución de casos iguales. La jurisdicción presupone vinculación a normas o principios aceptados o aceptables.

Una de las definiciones más logradas y concisas de jurisdicción es la que adopta la Constitución española de 1978, cuando en su artículo 117, párrafo 3º, inspirándose en la Constitución de 1812 y en el artículo 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870, establece que «el ejercicio de la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales deter-

minados por las leyes...». La jurisdicción es, efectivamente, el poder o la potestad de juzgar. Juzgar es realizar un juicio de valor sobre algo, en este caso un juicio jurídico, lo que quiere decir que el valor que sirve de criterio para el juicio es el derecho. Ejercer la potestad jurisdiccional es contemplar bajo el prisma del derecho un determinado comportamiento, pretensión o situación de la vida. Es aplicar o determinar el derecho que corresponde a un caso concreto: que una persona, como homicida, debe ingresar en prisión por x años; que alguien, como deudor, debe pagar a otro, como acreedor, una cantidad de dinero; que un matrimonio ya no existe como tal, etc. Y es una determinación del derecho que se realiza con carácter irrevocable, porque de lo que se trata es de asegurar la reproducción social garantizando la estabilidad de un orden de conducta. Por ello está también incluida en la jurisdicción, como complemento que potencia los efectos del juicio, la potestad de hacer que se ejecute la decisión adoptada. Y por ello es por lo que la jurisdicción produce el efecto de la *cosa juzgada,* lo que no ocurre con la aplicación del derecho que pueden realizar otras personas o instancias de la Administración del Estado.

Si bien se puede hablar de jurisdicción, en sentido general, como la potestad de juzgar de acuerdo con criterios jurídicos, las formas en que ésta se ejerce son históricamente variables. La variabilidad histórica de la jurisdicción depende de su incorporación a un modo u otro de ejercicio del poder político. La organización del poder jurisdiccional y la regulación de su funcionamiento son elementos esenciales de la constitución del Estado. Las vicisitudes que ésta ha experimentado históricamente han marcado decisivamente la jurisdicción, por lo que su análisis sólo puede hacerse históricamente.

El contenido de la jurisdicción depende, a su vez, de lo que se entienda por derecho, que es el criterio de enjuiciamiento de la realidad efectuado por la jurisdicción. El derecho es un conjunto de normas y principios cuya extensión es también históricamente variable. El tema de las fuentes del derecho atestigua esa variabilidad. Como fuentes del derecho han valido normas religiosas, costumbres sociales, virtudes morales, leyes o decretos de la autoridad política, etc.

Es así que la jurisdicción tiene un carácter doblemente histórico: como poder que forma parte de un sistema de poder y que se ejerce siguiendo determinadas reglas de procedimiento, y como actividad o función de enjuiciamiento según criterios jurídicos. Es decir, como *potestad* de *juzgar.*

II. ALCANCE Y GARANTÍAS DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL EN EL ESTADO DE DERECHO

Un análisis de la jurisdicción en la actualidad tiene que insertar ésta en el Estado liberal de derecho, que es el referente histórico a través del

cual pueden ser concretados sus rasgos fundamentales. En el Estado liberal de derecho la potestad jurisdiccional se concreta en la actividad de administrar justicia de acuerdo con la ley. Se puede decir que el principio del *imperio de la ley* es el que explica la configuración de la jurisdicción como poder y como actividad en el Estado moderno. Históricamente la función jurisdiccional la detenta el soberano. En la Edad Media estaba personificada en el monarca, quien la ejercía directamente o la delegaba en otros. Las fuentes del derecho, a su vez, no estaban claramente definidas, por lo que en un mismo territorio podían valer normas de origen distinto o de calidad ética diferente.

Un doble proceso de centralización del poder y de restitución de la soberanía al pueblo converge en el continente europeo, tras la revolución francesa, en la reducción del derecho a la ley, que se considera expresión de la voluntad general, y en la sumisión exclusiva de los jueces a la misma.

El imperio de la ley tiene como finalidad garantizar los derechos y libertades personales. Los defensores del proyecto liberal quieren un gobierno de las leyes y no un gobierno de los hombres. El poder deberá tener su origen y sus límites en la ley. También el poder jurisdiccional quedará referido a la ley, en la que se confía como un baluarte contra la arbitrariedad y los abusos. Pero, además, los liberales quieren que ese poder de la ley, aunque sea expresión de la soberanía popular, no esté excesivamente concentrado, y por eso establecen un sistema de frenos y contrapesos. Así, en la doctrina de Montesquieu el monarca seguirá teniendo el poder de ejecutar las leyes. Y si el legislador asume la potestad de elaborarlas, se atribuye a unos jueces independientes la potestad de aplicarlas a los casos concretos, sustrayendo esta potestad al legislador como garantía de que todo el mundo será tratado con los mismos criterios, es decir, con los criterios establecidos previamente con carácter general bajo la forma de la ley. Los jueces, por otro lado no tendrán ningún margen de decisión, sino que se limitarán a ser la «boca que pronuncia las palabras de la ley». Los liberales desconfiaban de los jueces del Antiguo Régimen, y por eso entienden que el poder que detentan es «de alguna manera, nulo», como también expresa Montesquieu. Y es de alguna manera nulo porque, además de carecer de una capacidad de decisión autónoma, no representan a ninguna fuerza social, al contrario que los otros dos poderes. Para Montesquieu, la potestad de juzgar no debe estar atribuida a ninguna fuerza social, ni a ninguna profesión determinada, sino que debe ser confiada a todos, al pueblo, es decir, a personas elegidas por el pueblo para ejercer su función de manera ocasional.

La justicia, por tanto, se entenderá como una «función lógica», y no como poder. La actividad del juez será predominantemente de carácter técnico. Beccaria compara dicha actividad, la aplicación del derecho, con la confección de un silogismo. El proceso histórico que conduce a las grandes codificaciones europeas, en el que confluyen la influencia

del derecho natural racionalista, la recepción del derecho romano y el desarrollo de la ciencia jurídica dogmática, va a reforzar la posición preeminente de la ley y la concepción del juez como un agente al servicio de la misma.

De ahí que su labor sea considerada como una labor instrumental. En el Estado de derecho el juez tiene como misión la correcta operatividad o instrumentalización de la ley, y por ello hay que dotar a su función de las garantías que aseguren el éxito de esa labor instrumental. Tales garantías son epistemológicas, políticas y procesales.

1) Epistemológicas: a lo largo del siglo XIX la ciencia jurídica se va a desarrollar como una dogmática constructiva y hermenéutica. En Francia, la Escuela de la Exégesis representa durante bastantes décadas el predominio de una labor expositiva que encuentra en los textos de los códigos todo el derecho que se precisa para resolver los conflictos sociales. En Alemania, la ciencia jurídica es elaborada como una ciencia del espíritu; por tanto, como una ciencia que carece de presupuestos, o cuyos presupuestos son irrelevantes para afectar a la objetividad del conocimiento obtenido a través de ella. El modelo metodológico lo ofrecen los representantes del iusnaturalismo racionalista, pero también se desarrolla una serie de reflexiones independientes que, junto con las realizadas por los teóricos que disputan sobre el estatuto de las ciencias históricas, dan lugar a una fundamentación propia y específica de la dogmática jurídica. A la separación entre el derecho y otros órdenes de la conducta operada por el positivismo se va a añadir ahora la separación entre el conocimiento del derecho y los juicios de valor. El conocimiento de las realidades históricas va a ser posible como «comprensión», es decir, como captación o interiorización de un objeto intencional o axiológico. Y va a necesitar desplegarse a través de una «interpretación». Pero ello no va a impedir que el resultado, si es verdadero, tenga que ser admitido por todos, «incluso por un chino», como dice Max Weber defendiendo la objetividad de las ciencias sociales. En la ciencia jurídica, los cánones de la interpretación, desde Savigny, contienen las indicaciones metodológicas que el intérprete debe seguir para encontrar objetivamente el derecho.

Esta concepción de la posibilidad de separar la ciencia de la política culmina en los años sesenta de nuestro siglo con Kelsen, para quien la ciencia jurídica, de manera objetiva, es capaz de exponer racionalmente las distintas posibilidades de significación de las normas jurídicas. Será una decisión (irracional) de la voluntad del juez la que escoja el significado que va a valer para el caso concreto en el momento de la aplicación del derecho. Pero Kelsen representa con esta dualidad de razón y decisión un momento de ruptura, un punto de no retorno que va a mostrar la necesidad de una nueva fundamentación epistemológica de la ciencia y de la práctica jurídicas.

2) Políticas: para que pueda realizar una labor de aplicación constantemente objetiva y rigurosa de la ley, es necesario dotar al juez de un estatuto que elimine el riesgo de padecer influencias políticas por parte de los distintos agentes sociales que podrían alterar esa objetividad. Las garantías políticas están centradas en el concepto de independencia. Independencia que debe caracterizar, tanto a la organización de la judicatura en sus distintas instituciones (jurisdiccionales y de gobierno), como al personal que las ocupa.

Para conseguir esa independencia se establecen variados mecanismos. Entre ellos podemos mencionar:

a) La creación de unas instituciones judiciales diferenciadas del resto de la Administración del Estado, con la única misión de ejercer en exclusiva la potestad jurisdiccional, y con la posibilidad de autogobernarse sin la injerencia del poder ejecutivo.

b) Una organización unitaria de los juzgados y tribunales, que implica: 1) la inexistencia de tribunales especiales ocupados por jueces con un estatuto específico, el cual iría en detrimento de su independencia; 2) la inexistencia de tribunales excepcionales, es decir, aquellos nombrados expresamente para conocer de algún asunto especial después de haber ocurrido; y 3) la garantía del derecho del justiciable al juez natural o predeterminado por la ley.

c) La potestad judicial pertenece a los jueces *uti singuli*. Por tanto, le corresponde a cada uno un estatuto personal y funcional caracterizado por su inamovilidad y por su exclusiva sumisión a la ley, con la consiguiente exclusión de instrucciones procedentes de la Administración o de otros órganos jurisdiccionales, la existencia de un régimen de incompatibilidades y la ausencia de responsabilidades políticas. Sólo son admisibles responsabilidades penales, civiles y disciplinarias.

A lo largo del siglo XIX la independencia judicial sufre diversas vicisitudes. No son infrecuentes los períodos en los que se niega algún elemento esencial del principio, de acuerdo con una constitución no liberal del Estado que somete a los jueces de manera inmediata al control del poder ejecutivo. Pero incluso en los períodos liberales, la plasmación de todos estos elementos de la independencia judicial no llega a ser completa.

Bien pronto son abandonadas en Francia las propuestas de Montesquieu de establecer jueces electivos y ocasionales, tras ser implantado en los inicios de la revolución el sistema de elección de jueces. Este sistema es sustituido por el modelo napoleónico, en el que el nombramiento de los jueces va a depender del gobierno, y en el que se va a implantar la configuración de la judicatura como «carrera» profesional. Sigue manteniéndose, no obstante, la inamovilidad y la sumisión exclusiva a la ley. Esta integración en la órbita del poder ejecutivo, y la organización burocrática de la profesión, hace que la garantía de la independencia

personal sea contrarrestada por varios mecanismos de control, como pueden ser la inspección jerárquica o el sistema de promoción. El ideal de una organización autónoma de las instituciones de gobierno de los jueces, separada de los otros poderes del Estado, no se llevará a la realidad hasta comienzos de nuestro siglo, cuando se crea en Italia el Consejo Superior de la Magistratura, que sirve de inspiración al establecido en la Constitución española de 1978.

3) Procesales: la actividad de enjuiciamiento se concibe de una manera predominantemente técnica, en cuanto que consiste en la averiguación empírica de los hechos y en la constatación del derecho aplicable a los mismos. Pero el éxito de esa actividad no puede ser garantizado simplemente mediante una investigación de tipo técnico realizada por una persona competente. Para evitar errores, involuntarios o interesados, se necesita la colaboración y el control de todos los afectados.

La necesidad de colaboración y control está presente en la instauración de todo proceso judicial, y da lugar a la exigencia de determinados principios cuya inobservancia pondría gravemente en peligro la corrección e imparcialidad de la decisión. Serán éstos los principios de dualidad, contradicción e igualdad de las partes. Un sistema de recursos permite, en su caso, corregir los errores que se hayan podido producir en primera instancia.

Pero además de estos principios, la ideología liberal propugnará una serie de requisitos que van a transformar la estructura del proceso, haciéndolo, a diferencia del existente en el Antiguo Régimen, más transparente y garantista. La transformación del proceso tiene, obviamente, un alcance mayor en los asuntos criminales que en los asuntos civiles, dadas las diferencias existentes en el objeto que hay en juego en cada caso. Desde que existe una sociedad con régimen económico privado, el carácter dispositivo del proceso civil va a determinar una estructura sustancialmente idéntica. No ocurre así en el proceso penal, donde se produce una liberalización en el continente europeo, recogiéndose, a partir de la legislación revolucionaria francesa, importantes características del proceso acusatorio que había permanecido tradicionalmente vigente en Inglaterra, frente a la vigencia del proceso inquisitivo del derecho canónico en la Edad Media.

La liberalización del proceso penal se plasma en principios tales como el de la separación de la función de investigar y juzgar, el de publicidad (con sus complementos de inmediación, concentración y oralidad), el de libre apreciación de las pruebas, el del juicio por jurado o mixto, el del respeto de las garantías legales del individuo en la averiguación y represión del delito, etc. Ellos contribuyen también a que la función judicial sea imparcial y objetiva, evitan los abusos de poder e impiden que la búsqueda del derecho del caso pueda ser conducida u obstaculizada por intereses ajenos a la defensa de los intereses o valores protegidos por la ley.

III. LA PROBLEMÁTICA ACTUAL DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

Si prescindimos de los problemas suscitados por la ineficacia de una jurisdicción dotada de escasos medios personales y materiales para realizar su labor, y trabada en ocasiones por unas reglas procedimentales inadaptadas a las exigencias de la sociedad contemporánea, la problemática del ejercicio de la jurisdicción en la actualidad responde, en gran medida, a las luchas políticas por la implantación de las garantías de independencia judicial y por la salvaguarda de los derechos del justiciable. Así, las aspiraciones a una mayor independencia (especialmente por lo que respecta al autogobierno de la judicatura) chocan contra la resistencia de los otros poderes del Estado, que miran con desconfianza un posible «descontrol» de los jueces. Por otro lado, los derechos del individuo pueden verse amenazados por una función jurisdiccional a la que se le ha asignado la represión de conductas delictivas que el poder ejecutivo es incapaz de erradicar mediante el desarrollo de políticas adecuadas: la reiteración de pequeños hurtos que alimentan el sentimiento de inseguridad cuidadana, el tráfico y consumo de estupefacientes, el terrorismo, etc. La eficacia de la jurisdicción en la lucha contra este tipo de delitos choca a veces con la garantía de los derechos individuales.

Pero el gran debate sobre la jurisdicción en la actualidad se debe fundamentalmente a la quiebra del imperio de la ley en su versión positivista, que dio lugar a una interpretación legalista del derecho y que ahora ha alumbrado una concepción de la ley más impregnada de política, de ética y de historia, es decir, una sustitución de la ley por el derecho como fuente de las decisiones jurisdiccionales.

El acelerado desarrollo de la sociedad postliberal y las graves convulsiones políticas que ha sufrido ésta en el siglo XX han mostrado, de un lado, la incapacidad de la ley para regular una multitud de relaciones y de situaciones imprevistas e imprevisibles, y han ocasionado, de otro, un fenómeno de desconfianza de los ciudadanos en muchas de las disposiciones adoptadas por el legislador, que aparecen como la pura manifestación de un poder político sostenido plebiscitariamente, o como el producto contingente y ocasional de los intereses que logran imponerse oscuramente en los centros de decisión política. La ley ha perdido el aura de legitimidad que antaño poseía. Los jueces se han visto forzados a adquirir un mayor protagonismo en la resolución de los conflictos, impelidos por la necesidad de responder en su propio ámbito a las exigencias de una reproducción estabilizada y legítima de las relaciones sociales. El ordenamiento jurídico ha visto también incrementado su grado de complejidad, incluyéndose a distintos niveles (sobre todo al nivel constitucional) una serie de recursos que permiten el juego de la ética y de la política en la práctica jurisdiccional, incluso en contra de las decisiones tomadas por la Administración en el ejercicio de sus competencias discrecionales.

Por otro lado, en el plano teórico ya no es sostenible el ingenuo objetivismo de la ciencia jurídica. La aplicación del derecho es un silogismo, pero la formulación de las premisas exige un compromiso personal del juez, que en multitud de casos habrá de optar por unos u otros supuestos normativos de entre los permitidos por la complejidad del ordenamiento jurídico. Siempre ha sido así, pero ahora es cada vez más innegable debido a la ampliación de los límites del derecho.

Dado el protagonismo que ha asumido en la actualidad la judicatura en el ejercicio de la actividad jurisdiccional, los problemas fundamentales que se le plantean son los que resultan de la necesidad de *orientación ideológica* y de *control democrático*. La orientación ideológica trataría de reconstruir los vínculos entre el orden jurídico y los ideales de justicia, generalmente constitucionalizados, a los que debe responder siempre el derecho: problemático es, en este sentido, el contenido de los valores fundamentales, el alcance de los derechos subjetivos, la relación entre el derecho y la moral, etc. El control democrático, a su vez, trataría de reconstruir los vínculos entre el orden jurídico y la soberanía popular. Como en cuestiones ideológicas no hay pautas objetivas, el problema crucial es este último. Y la pregunta que hay que formular es si se precisa alguna corrección de la forma en que han sido plasmados los principios liberales que en teoría parecen responder a las necesidades de legitimidad del Estado democrático. Concretamente, ¿cuál debe ser la intervención de la sociedad en el control de la actividad y de la organización judiciales? El problema del jurado se inserta de lleno aquí, así como el de la elección o designación de los jueces, la relación entre la opinión pública y la justicia, o la intervención de los otros poderes del Estado (democráticamente representativos) en el gobierno del poder judicial.

BIBLIOGRAFÍA

Alcalá-Zamora y Castillo, N. (1972), «Notas relativas al concepto de jurisdicción»: *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana* 2-3, 477-509.

Andrés Ibáñez, P. y Movilla Alvarez, C. (1986), *El poder judicial*, Tecnos, Madrid.

Calamandrei, P. (1962), *Instituciones de derecho procesal civil según el nuevo código I* (1943), Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires.

De Otto, I. (1989), *Estudios sobre el Poder Judicial*, Ministerio de Justicia, Madrid.

Díez-Picazo, L. M. (1991), *Régimen Constitucional del Poder Judicial,* Civitas, Madrid.

Dworkin, R. (1984), *Los derechos en serio* (1977), Ariel, Barcelona.

Dworkin, R. (1986), *Law's Empire,* Harvard University Press, Cambrigde, Massachusetts.

Esser, J. (1970), *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung,* Athanäum, Frankfurt.

Fairén Guillén, V. (1972), «La potestad jurisdiccional»: *Revista de Derecho Judicial 51-52*, 45-84.
Fernández, T. R. (1994), *De la arbitrariedad de la Administración,* Civitas, Madrid.
Ferrajoli, L. (1995), *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (1989), Trotta, Madrid.
Gargarella, R. (1996), *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial,* Ariel, Barcelona.
Gimeno Sendra, J. V. (1981), *Fundamentos del Derecho Procesal (Jurisdicción, acción y proceso*), Civitas, Madrid.
Hernández Marín, V. (1991), *Independencia del juez y desorganización judicial*, Civitas, Madrid.
Igartua Salaverria, J. (coord.) (1987), *Los jueces en una sociedad democrática*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñate.
Magistratura Democratica (VVAA) (1985), *Poteri e giurisdizione. Atti del sesto congresso nazionale*, Jovene Editori, Napoli.
Montero Aroca, J., Ortells Ramos, M. y Gómez Colomer, J. L. (1989), *Derecho jurisdiccional I. Parte General*, Bosch, Barcelona.
Pedraz Penalva, E. (1990), *Constitución, jurisdicción y proceso*, Akal, Madrid.
Saavedra López, M. (1988), «Poder judicial, interpretación jurídica y criterios de legitimidad»: *Anuario de Derecho Público y Estudios Políticos 1*, 39-61; también en Id. (1994), *Interpretación del Derecho y Crítica Jurídica,* Fontamara, México, 77-104.
Segni, A. (1961), «Giurisdizione», en A. Azara y E. Eula (dirs.), *Novissimo Digesto Italiano, t. VII*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 985-993.
Serra Domínguez, M. (1971), «Jurisdicción», en C. E. Mascareñas y B. Pellisé (dirs.), *Nueva Enciclopedia Jurídica, t. XIV*, Seix, Barcelona, 391-415.
Simon, D. (1985), *La independencia del juez* (1975), Ariel, Barcelona.
Vescovi, E. (1970), «Derecho y jurisdicción. Nuevas orientaciones sobre el tema»: *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana 3,* 607-619.
VVAA (1983), *El poder judicial*, 3 vols., Dirección General de lo Contencioso del Estado, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid.
VVAA (1990), «El Poder Judicial en el conjunto de los Poderes del Estado y de la Sociedad»: *Poder Judicial XI.*
Zagrebelsky, G. (1995), *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (1992), Trotta, Madrid.

ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Manuel Atienza

I

Uno de los cambios más importantes que han tenido lugar en la filosofía del Derecho de los últimos años es la existencia de un interés cada vez mayor hacia la teoría de la argumentación jurídica. Existen diversas razones que explican este fenómeno. En primer lugar, hay una razón de tipo teórico: la teoría del Derecho de este siglo (la de Kelsen sería el ejemplo paradigmático) ha sido, sobre todo, una teoría de tipo estructural dirigida a mostrar y analizar los componentes del Derecho; pero faltaba (y sigue faltando) una teoría suficientemente general del Derecho que se ocupe tanto de los aspectos estructurales como de los funcionales; ahora bien, parece claro que el estudio de la argumentación jurídica invita precisamente a centrarse en el funcionamiento del Derecho, en el Derecho visto como una serie de procedimientos discursivos.

En segundo lugar, puede aducirse una razón de tipo pragmático. Generalmente se dice que la práctica del Derecho consiste de manera fundamental en argumentar y que la cualidad que mejor define lo que se llama un «buen jurista» es la capacidad para idear y manejar argumentos. Pues bien, aunque sea posible disponer de esa capacidad y, sin embargo, no tener nada que decir en lo que se refiere a los aspectos teóricos de la argumentación jurídica, parece bastante natural pensar que el estudio de la teoría de la argumentación jurídica permite al menos potenciar esas capacidades.

Finalmente, hay también una razón de tipo político que se conecta con un sentido profundo de la democracia. En el contexto de las sociedades contemporáneas, existe cada vez más la idea de que las decisiones de los órganos públicos no se justifican simplemente por haber sido adoptadas por órganos que directa o indirectamente reflejan las opi-

niones de las mayorías. Es también necesario que las decisiones estén racionalmente justificadas, es decir, que en favor de las mismas se aporten argumentos que hagan que las decisión pueda ser discutida y controlada.

II

Como es bien sabido, el estudio de las argumentaciones características de los juristas (lo que Bobbio [1965] ha llamado la «lógica de los juristas», contraponiéndola a la «lógica del Derecho» o «lógica de las normas») obedece a una tradición muy antigua; pero cuando hoy se habla de la teoría de la argumentación jurídica a lo que uno se refiere es a una corriente de la teoría o de la filosofía del Derecho que se inicia después de la Segunda Guerra Mundial. El origen se encuentra en una serie de obras de los años cincuenta que rechazan la lógica formal, la lógica deductiva, en cuanto método con que analizar los razonamientos jurídicos. Lo que la *tópica* de Viehweg (1964), la *lógica de lo razonable* de Recaséns Siches (1956), la *nueva retórica* de Perelman (Perelman y Olbrecht-Tyteca, 1989) o la *lógica no formal* de Toulmin (1958) comparten es, precisamente, un punto de vista crítico con respecto al alcance de la lógica deductiva. Conviene por eso empezar por aclarar qué significa argumentar desde esta última perspectiva.

Un argumento, desde el punto de vista lógico, es un encadenamiento de proposiciones, puestas de tal manera que de unas de ellas (las premisas) se sigue(n) otra(s) (la conclusión). En una inferencia válida deductivamente —suele decirse—, si las premisas son verdaderas, entonces es también necesariamente verdadera la conclusión. Esa noción de argumento parece en principio aplicarse también a los diversos contextos jurídicos. Así, en el caso de la aplicación del Derecho, la decisión del juez —o, en general, del órgano aplicador— se acostumbra a presentar como el resultado de una operación lógica: a partir de una premisa mayor (la norma aplicable al caso) y de una premisa menor (los hechos considerados probados) se llega a la conclusión (el fallo). El esquema podría ser éste: siempre que se den las circunstancias X, debe ser la consecuencia jurídica Y; en el caso C se dan las circunstancias X; por lo tanto, en el caso C debe ser la consecuencia jurídica Y. De un fallo judicial que no adoptase (o que no pudiese reconstruirse según) esta forma deductiva, diríamos sin duda que carece de justificación; no sería una forma racional de aplicar el Derecho.

Ahora bien, de ahí no se sigue que el único mecanismo de que disponemos para el control racional de las decisiones jurídicas es el que nos brinda la lógica deductiva. Si esto fuera así, solamente podríamos hablar de la racionalidad de las decisiones jurídicas —en este caso, de las decisiones judiciales— en un sentido muy débil, pues la lógica deductiva: 1) no dice nada sobre cómo establecer las premisas, esto es,

parte de ellas como de algo ya dado; 2) no dice en rigor tampoco nada sobre *cómo* pasar de las premisas a la conclusión, sino que únicamente da criterios sobre *si* un determinado paso está o no autorizado; digamos que no tiene valor heurístico, sino de prueba, no opera en el contexto de descubrimiento, sino en el de justificación; 3) es dudoso —o al menos, muchas veces se ha dudado— de que quepa una inferencia *normativa,* esto es, una inferencia en que al menos una de las premisas y la conclusión sean normas (o sea, enunciados no susceptibles de ser calificados como verdaderos o falsos) como ocurre en el silogismo judicial (y, en general en el silogismo práctico-normativo); 4) sólo suministra criterios formales de corrección: un juez que utilice como premisas, por un lado, una norma manifiestamente inválida y, por otro, un relato de los hechos que contradice frontalmente la realidad, no estaría atentando contra la lógica; 5) no permite considerar como argumentos válidos aquellos en los que el paso de las premisas a la conclusión no tiene carácter necesario, aunque sea altamente plausible; 6) no permite dar cuenta tampoco de una de las formas más típicas de argumentar en el Derecho (y fuera del Derecho): la analogía; 7) no determina, en el mejor de los casos, la decisión en cuanto tal, (por ejemplo, «condeno a S a la pena Z»), sino el enunciado normativo que es la conclusión del silogismo judicial («debo condenar a S a la pena Z»): un enunciado como «debo condenar a S a la pena Z, pero no le condeno» no representaría una contradicción de tipo lógico; etc.

III

Todo lo anterior prueba, sin duda, que los autores antes recordados tenían alguna razón al pensar que la lógica deductiva no era el instrumento adecuado para dar cuenta de las argumentaciones que se producen en el ámbito del Derecho. En lo que se equivocaron es en llevar demasiado lejos su crítica y en sostener que la lógica formal deductiva no tiene prácticamente nada que decir sobre la argumentación jurídica. Así, Viehweg presenta la tópica como un método —o mejor, un estilo— alternativo al método deductivo. Perelman configura los argumentos retóricos como argumentos completamente diferentes —esto es, con reglas de inferencias propias— a los analíticos o deductivos. Y Toulmin construye una *working logic* —una lógica operativa— en radical oposición a la lógica aristotélica; su tesis fundamental es que la lógica no debe elaborarse sobre el modelo de la geometría —como había hecho Aristóteles y, tras él, toda la lógica occidental— sino sobre el modelo del Derecho, pues la lógica no debe ser otra que «jurisprudencia generalizada» (Toulmin, 1958, 7).

Esa radicalidad en los planteamientos —que esconde probablemente una cierta incomprensión del significado de la lógica— tiene a su vez mucho que ver con el hecho de que ninguno de esos autores haya cons-

truido una verdadera teoría de la argumentación jurídica. Su papel fundamental consiste en haber abierto un nuevo (o relativamente nuevo) campo de investigación, en haber servido como precursores.

El mérito de elaborar verdaderas teorías de la argumentación jurídica corresponde a diversos autores de décadas posteriores, como Aarnio (1987), Alexy (1978), MacCormick (1978), Peczenik (1984) o Wróblewsky (1974). Las dos teorías más desarrolladas son las formuladas por Alexy y MacCormick en sendos libros de finales de los setenta, en los que se sostienen tesis muy semejantes entre sí. Este dato es especialmente significativo, pues cada uno de esos autores proviene de tradiciones filosóficas y jurídicas bien distintas: en el caso de MacCormick, las referencias fundamentales son Hume, Hart y la tradición del *common law*; en el caso de Alexy, los referentes son Kant, Habermas y la dogmática jurídica alemana.

Tanto Alexy como MacCormick conceden una gran importancia a la lógica formal y se han esforzado por precisar cuál es el papel que juega en la argumentación jurídica. En los casos jurídicos simples o rutinarios —sostienen— se puede considerar que la tarea argumentativa del juez se reduce a efectuar una inferencia de tipo deductivo. Alexy —siguiendo a Wróblewski (1974)— llama *justificación interna* (y MacCormick, justificación de primer nivel) a la que se refiere a la validez de una inferencia a partir de premisas dadas. Y al segundo tipo de justificación, la que somete a prueba el carácter más o menos fundamentado de las premisas, *justificación externa* (y MacCormick, justificación de segundo nivel). La justificación interna no es más que una cuestión de lógica deductiva, pero en cuanto a la justificación externa es necesario ir más allá de la lógica en sentido estricto. La justificación interna (la justificación lógico-deductiva) es siempre necesaria, pero a veces se necesita algo más.

Este algo más que se necesita —MacCormick y Alexy están también de acuerdo en este punto— es la llamada razón —o racionalidad— práctica. La razón práctica consta de principios de tipo lógico (por ejemplo, el principio de no contradicción), pero también de otros criterios adicionales. En el caso de MacCormick, esos criterios pueden sintetizarse en los principios de universalidad, de coherencia y de aceptabilidad de las consecuencias (entendidas como consecuencias lógicas o normativas). En el caso de Alexy, la argumentación jurídica se entiende como un caso especial del discurso práctico racional. Eso quiere decir que en la argumentación jurídica deben respetarse las reglas del discurso práctico general (por ejemplo, la regla que prohíbe la contradicción, la que exige la sinceridad o la que establece que el discurso debe estar abierto a todos y en condiciones de igualdad, sin que exista coerción interna o externa al discurso), pero también otras reglas peculiares del discurso jurídico (por ejemplo, la obligación de utilizar argumentos dogmáticos si ello es posible, de respetar los precedentes, o de dar cierta prioridad a la interpretación semántica sobre la teleológica,

la histórica, etc.). Probablemente la diferencia más importante entre ambos autores —pero que no tiene sin embargo consecuencias prácticas apreciables— es que MacCormick utiliza como último criterio de racionalidad la idea del espectador imparcial (en la tradición de Hume o Adam Smith), mientras que Alexy parte de una concepción dialógica de la racionalidad, en la línea de Habermas.

IV

A pesar de sus muchos méritos, las teorías de Alexy y de MacCormick presentan una serie de insuficiencias en lo que se refiere al objeto, al método y a la función que ha de cumplir una teoría plenamente desarrollada (y por el momento inexistente) de la argumentación jurídica. Esas teorías resultan efectivamente insuficientes, en cuanto que: 1) descuidan o no tratan en absoluto aspectos muy importantes del razonamiento jurídico (por ejemplo, la argumentación en materia de hechos, en la producción legislativa del Derecho, en los procesos de mediación y de negociación, etc.); 2) no ofrecen un método que permita, por un lado, analizar adecuadamente los procesos de argumentación jurídica y, por otro lado, evaluar los resultados de los mismos; y 3) tienen —precisamente por lo anterior— un interés limitado para el teórico y el práctico del Derecho, al tiempo que resultan insuficientemente críticas en relación con el Derecho positivo, considerado tanto estática como dinámicamente. En lo que resta, haré algunas consideraciones referidas básicamente a las cuestiones de tipo metodológico. Como se verá, no se trata tanto de efectuar una crítica como de sugerir por dónde debería o podría ir un futuro desarrollo de la teoría de la argumentación jurídica (Atienza, 1991).

El punto de partida, en mi opinión, es considerar la argumentación como un acto de lenguaje complejo que sólo cabe realizar (en sentido propio) en situaciones determinadas; concretamente, en el contexto de un diálogo (con otro o con uno mismo), cuando aparece una duda o se pone en cuestión un enunciado, y aceptamos que el problema ha de resolverse por medios lingüísticos (por tanto, sin recurrir a la coacción física). La relación esencial aquí no es la de inferencia lógica —en el sentido de inferencia deductiva— sino la de «ser un argumento a favor de» o «ser un argumento en contra de». Esta última relación difiere de la relación de inferencia deductiva, al menos en estos aspectos: 1) tiene un carácter más débil, en el sentido de que X puede ser un argumento en favor de Y, X ser verdadero (o, en general, válido), sin que por ello pueda asegurarse la verdad (la validez) de Y; por ejemplo, porque Z es un argumento en contra de Y que tiene mayor peso que X; 2) tiene un carácter subjetivo, en cuanto que un argumento, según esto, es lo que una determinada persona considera como argumento (cf. Savigny, 1976 y Neumann, 1986). Si se quiere, la inferencia deductiva vendría a ser un caso límite de la noción más amplia de inferencia.

Si ahora consideramos que la argumentación jurídica se produce en aquellos contextos en los que se trata de resolver un problema jurídico, cabe pensar en proponer un modelo que permita reconstruir racionalmente el proceso de argumentación en un caso difícil. Los pasos a dar serían los siguientes.

En primer lugar, hay que identificar cuál es el problema a resolver, esto es, en qué sentido nos encontramos frente a un caso difícil. Siguiendo aquí a MacCornick (1978), puede partirse de estos cuatro tipos de problemas jurídicos: 1) problemas de relevancia, que se producen cuando existen dudas sobre cuál sea la norma aplicable al caso; 2) problemas de interpretación, que surgen cuando existen dudas sobre cómo ha de entenderse la norma o normas aplicables al caso; 3) problemas de prueba, que se plantean cuando existen dudas sobre si un determinado hecho ha tenido lugar; 4) problemas de calificación, que surgen cuando existen dudas sobre si un determinado hecho que no se discute cae o no bajo el campo de aplicación de un determinado concepto contenido en el supuesto de hecho o en la consecuencia jurídica de la norma.

En segundo lugar, hay que determinar si el problema en cuestión surge por una insuficiencia de información (por ejemplo, la norma aplicable al caso es una norma particular que, en principio, no cubre el caso sometido a discusión) o por un exceso de información (por ejemplo, la norma aplicable puede, en principio, entenderse de varias maneras que resultan ser incompatibles entre sí). Esto tiene que ver con la consideración de la argumentación como un proceso de tipo informativo, en el cual se parte de una determinada información (la contenida en las premisas) para llegar a una información de salida (la de la conclusión). Cuando las premisas contienen toda la información necesaria y suficiente para llegar a la conclusión, argumentar es un proceso deductivo. Pero, normalmente, necesitamos argumentar en aquellas situaciones en que la información de las premisas es deficitaria, o bien excesiva (no en el sentido de redundante, sino en el de contradictoria), para poder llegar a la conclusión deseada.

En tercer lugar, hay que construir hipótesis de solución para el problema, esto es, hay que construir nuevas premisas, para crear una nueva situación informativa que contenga ya una información necesaria y suficiente en relación con la conclusión. Por ejemplo, si se trata de un problema interpretativo por insuficiencia de información, la nueva premisa tendrá que consistir en una reformulación de la norma de que se parte, que dé lugar a una nueva norma que resulte ser suficientemente amplia —o suficientemente precisa— como para abarcar el caso sometido a examen. Si se tratara de un problema interpretativo por exceso de información, habría que optar por una de entre las diversas interpretaciones posibles de la norma en cuestión, descartando todas las demás.

En cuarto lugar, hay que pasar a justificar las hipótesis de solución formuladas, es decir, hay que presentar argumentos en favor de la interpretación propuesta. Si se trata de un problema de insuficiencia de información, la argumentación —entendiendo por tal el conjunto de

los argumentos aducidos y estructurados de una cierta forma— se puede llamar, en sentido amplio, *analógica*. En la argumentación analógica, por otro lado, pueden subdistinguirse, a su vez, diversas formas de argumentar, según se use una argumentación *a pari* (o *a símili*), una argumentación *e contrario*, o una argumentación *a fortiori*. Si se tratara de un problema de exceso de información, la argumentación tendrá lugar mediante el esquema de la *reductio ad absurdum*. Lo que en el uso de este tipo de argumentación se trata de mostrar es que, por ejemplo, determinadas interpretaciones no son posibles, porque llevarían a consecuencias —fácticas o normativas— inaceptables.

Finalmente, el último paso con el que se termina el modelo es el que va de las nuevas premisas a la conclusión. Se trata de un paso deductivo, de lo que antes se llamó justificación interna, que puede considerarse como el fragmento final de todo proceso de argumentación jurídica.

En conclusión, podría decirse que en el Derecho (pero también fuera del Derecho) existen básicamente tres formas de argumentar (la deducción, la analogía y la reducción del absurdo) y un número indeterminado de argumentos substantivos, es decir, de enunciados o conjuntos de enunciados que cabe utilizar para la justificación de los pasos a dar en el contexto de esas tres formas y de las posibles combinaciones de esas tres formas.

Por lo que se refiere al establecimiento de los criterios que han de usarse para juzgar acerca de la correción de una argumentación (hasta ahora se trataba simplemente de describir o de reconstruir una argumentación), la respuesta que se encuentra en autores como Alexy o MacCormick, como se ha visto, consiste en apelar a la racionalidad práctica. Pero esta noción no resulta del todo satisfactoria, tal y como se ha desarrollado hasta ahora. La objeción fundamental es que los criterios de la racionalidad práctica son solo criterios mínimos que sólo permiten descartar como irracionales —como no justificadas— determinadas decisiones o formas de argumentación. Pero el problema estriba en que, en relación con los casos difíciles, lo que suele ocurrir es que las diferentes soluciones en presencia pasan ese test de racionalidad. Por ello, se necesitaría una noción de racionalidad práctica más desarrollada —es decir, añadir a lo anterior una teoría de la equidad, de la discrecionalidad o de la razonabilidad— que ofreciera algún tipo de criterio con que operar en los casos difíciles, por más que tales criterios puedan resultar discutibles y no gocen ya de la solidez de los otros. Una tal teoría, por otro lado, no podría tener un carácter pura o esencialmente formal, sino que tendría necesariamente que incorporar contenidos de naturaleza política y moral.

BIBLIOGRAFÍA

Aarnio, A. (1987), *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification* (1978), Reidel, Dordrech.

Aarnio, A., Alexy, R. y Peczenik, A. (1981), «The Foundation of Legal Reasoning»: *Rechtstheorie 12*, 133-158, 257-279 y 423-448.

Alexy, R. (1978), *Theorie der juristische Argumentation*, Surkamp, Frankfurt a. M.; v. e. *Teoría de la argumentación jurídica*, M. Atienza e I. Espejo (trads.), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

Atienza, M. (1991), *Las razones del Derecho. Teoría de la argumentación jurídica,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Bobbio, N. y Conte, A. (1965), *Derecho y lógica. Bibliografía de lógica jurídica (1936-1960)*, UNAM, México.

Ezquiaga, F. J. (1987), *La argumentación en la justicia constitucional española,* HAAE-IVAP, Oñati.

García Amado, J. A. (1988), *Teorías de la tópica jurídica*, Civitas, Madrid.

MacCormick, N. (1978), *Legal Resoning and Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford.

Neumann, U. (1986), *Juristische Argumentationslehre*, Wissenschaftliche Buchgessellschaft, Darmstadt.

Peczenik, A. (1989), *On law and Reason*, Kluwer, Dordrech-Boston-London.

Perelman, Ch. (1989), *La lógica jurídica y la nueva retórica*, L. Diez Picazo (trad.), Civitas, Madrid; v. or. *Logique juridique-Nouvelle rhetorique*, Dalloz, Paris, 1976.

Perelman, Ch. y Olbrecht-Tyteca, L. (1989), *Tratado de la argumentación. La nueva retórica,* J. Sevilla Muñoz (trad.), Gredos, Madrid; v. or. *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhetorique*, PUF, Paris, 1958.

Recaséns Siches, L. (1956), *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho,* Dianoia, México.

Savigny, E. von (1976), *Argumentation in der Literaturwissenschaft.*

Toulmin, S. (1958), *The Uses of Argument*, Cambridge University Press, Cambridge.

Viehweg, T. (1964), *Tópica y jurisprudencia,* L. Diez Picazo (trad.), Taurus, Madrid; v. or. *Topik und Jurisprudenz,* 1953.

Wróblewski, J. (1974), «Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision»: *Rechtstheorie 5*, 33-46.

INTERPRETACIÓN DEL DERECHO

Roberto J. Vernengo

1. INTRODUCCIÓN AL TEMA

Corresponde distinguir entre las múltiples acepciones del término «interpretación», aquellas que tienen todavía un interés práctico y teórico en la teoría del derecho. En los lenguajes corrientes, en cambio, por «interpretación» cabe entender actualmente las cosas más dispares. En latín, la palabra indicaba, al parecer, una negociación, para pasar luego a significar, tanto la explicación del asunto, como una intervención negociadora, y, por fin, la traducción de un discurso. El sentido más antiguo parece apuntar a un intermediario o negociador, para pasar a significar luego «explicación» o, inclusive, «traducción». Por lo tanto, en latín, el *interpres* era el intermediario encargado de una negociación y, por ende, capaz de lograr un entendimiento entre las partes de un conflicto. De ahí la especialización del sentido a la noción de traductor, como mediador entre partes en contienda que no se entienden, ni aun en lo que dicen. Ya en el derecho romano, el término adquiere un cariz técnico. El *interpres* es quien, en un conflicto en que las partes no se entienden, interviene para alcanzar justamente un entendimiento. De ahí que el término pase a significar, tanto la actividad de llevar a cabo una negociación, como el resultado de la misma: el *interpretor* es, pues, un negociador, quien busca y propone una solución para el caso. Cuando los conflictos provenían de la aplicación de los textos previos, como en los casos de contratos, así como en su reformulación luego de un conflicto, la *interpretatio* pasó en Roma a ser un término técnico del derecho, relacionado etimológicamente con el término jurídico ritual *pretium*. El intérprete era el intermediario en una negociación o conflicto; luego, en un sentido muy lato, el sujeto encargado de explicar a las partes la situación durante la negociación de un conflicto. Etimológicamente, la raíz correspondiente, *-pres*, aparecería en un verbo arcaico referente a la compra-venta.

Hoy la palabra tiene, como es notorio, múltiples significados: tanto se interpreta un texto, un discurso, una situación, un relato, una historia, etc., como también se interpreta —es decir: se le atribuye algún sentido efectivo— una obra de teatro, un trozo de música, por ejemplo —en tanto se lo representa o ejecuta—. En derecho, tenemos también la idea de que se interpretan textos legales y situaciones de hecho, para actualizar —esto es: poner en vigencia— normas jurídicas, para motivar conductas no espontáneas y producir así nuevos estados de cosas. Un magistrado interpreta la situación social en que interviene, o en que se le hace participar, para atribuirle un sentido objetivo claro, una explicación suficiente, mediante la aplicación de ciertas normas que también, se sostiene, interpreta; logra de ese modo que los participantes en la situación real o potencialmente conflictiva, produzcan o lleven a cabo ciertos actos que ponen término a la situación inestable. Cabe pues, deslindar en la noción de la interpretación en derecho varios aspectos: se interpreta un texto legal, por ejemplo, a la luz del sentido que se atribuye a ciertas circunstancias de hecho —los hechos de un caso—, para introducir una nueva disposición normativa, que constituirá la interpretación legal del caso: la interpretación jurídica de los hechos y de las normas en juego. La decisión que se adopte es entendida como derivada de esa interpretación. Corresponde, pues, ante estos múltiples usos del término «interpretación» en el campo jurídico, poner en claro que no es lo mismo interpretar los aspectos de hecho de una situación que se desea encarar jurídicamente, que escoger y aplicar los preceptos normativos, jurídicos u otros, que prevén acciones consecuentes a los hechos del caso (como en la sentencia condenatoria luego de un crimen). Estos actos difieren según interese destacar la actividad interpretativa y sus modalidades, de sus resultados, cosas que en castellano se designan con idéntico término: interpretación.

En sus usos contemporáneos corrientes, y en los más diversos contextos, con la palabra «interpretación» se alude, pues, tanto a una actividad como a sus productos. Hablamos de una interpretación para referirnos tanto a la actividad cumplida en cierto contexto, como a sus resultados: el intérprete musical hace algo al interpretar una partitura, interpretación que se cumple al producir una cierta ejecución. Interpretamos un texto cualquiera, tanto cuando intentamos establecer alguno de sus sentidos, como cuando damos una versión de alguno de ellos, mediante un texto nuevo que el intérprete crea y propone. En el caso del derecho legislado, un texto legal es interpretado en cuanto se produce finalmente otro texto al que se le atribuye ser la interpretación del primero: con el término «interpretación» designamos tanto el producto, el nuevo texto elaborado, como la actividad desplegada sobre el texto anterior para justificar el nuevo texto producido.

Si por la interpretación de un texto entendemos, entonces, como resultado, un nuevo texto destinado a explicitar el sentido del texto primitivo, la interpretación atañe, en este respecto, a una cierta relación entre

textos. Pero también, como en la denominada interpretación de una obra de carácter musical, por ejemplo, denominamos «interpretación» no sólo a la reproducción de un texto (partitura) dada, sino a la producción de una ejecución efectiva de la partitura. En derecho, se suele decir, por caso, que un órgano jurisdiccional, un juez, por ejemplo, interpreta el derecho (o el texto normativo jurídico que se aplique), no sólo cuando desentraña el sentido lingüístico de las normas que aplica, sino cuando produce nuevas normas como resultado de la interpretación de las primeras. Algunos autores denominan a este conjunto de actividades «interpretación operativa». Por tanto, al hablar de interpretación jurídica tenemos que aludir a varias relaciones que son isomórficas: la relación entre dos textos generalmente normativos; la relación entre una situación de hecho y la norma que se aplique; la relación entre una situación dada y la nueva situación que se produzca mediante la actividad normativa de interpretar, etc. No hay razón para pensar que estas diversas relaciones sean ni siquiera similares. Por ende, la teoría de la interpretación, en derecho, ha sido desde siempre un terreno polémico donde no existe suficiente claridad sobre los problemas teóricos en juego, sin discernirse las diferentes consecuencias prácticas que los presupuestos teóricos inducen.

Por de pronto, con respecto a los derechos positivos con los cuales actualmente nos manejamos, tenemos la interpretación de textos legales que distintos órganos jurídicos invocan como fundamento de sus propias decisiones; por otra parte, los juristas teóricos, frente a textos normativos promulgados, proponen interpretaciones que les parecen plausibles o adecuadas. Pero para interpretar práctica o teóricamente textos jurídicos normativos, el intérprete tiene que atribuir también algún sentido a las circunstancias de hecho mencionadas en las normas, relevantes para su aplicación. De ahí que los juristas también se refieran, cuando de interpretación jurídica se trata, no a la interpretación de los textos normativos, sino a la interpretación de los hechos mencionados por los textos legales como condiciones para la aplicación de las consecuencias normativas previstas. Corresponde, pues, al distinguir estos diversos aspectos de los problemas interpretativos en derecho, insistir que bajo el rótulo de «interpretación» se alude a problemas prácticos y teóricos de muy diversa índole, sin cuya prolija distinción las tesis que se sustenten respecto de la interpretación en derecho no son contrastables. Tenemos, pues, la interpretación de textos legales, en contextos decisorios, para producir una solución normativa: se trata de la denominada «interpretación operativa», para distinguirla de la interpretación sin eficacia normativa que, frente a un texto, puede elaborarse, con un cariz puramente teórico, en medios académicos. Pero, en la interpretación operativa misma cabe distinguir, por de pronto, la interpretación de derecho propiamente dicha —esto es: la interpretación de normas válidas—, de la interpretación de hechos que, en la mayoría de los casos, funcionan como condiciones para la producción de la norma que pondrá término a un caso.

II. LA INTERPRETACIÓN LITERAL Y GRAMATICAL DE LAS NORMAS

En los derechos positivos modernos, las normas que los órganos jurídicos aplican se presentan generalmente como textos escritos. Para poder aplicarlas, es menester, pues, captar su sentido lingüístico. Ello puede parecer una perogrullada, toda vez que, en principio, entendemos e interpretamos —sin más— innúmeros mensajes lingüísticos, en nuestro quehacer cotidiano, sin hacernos por ello problema alguno. ¿Acaso no manejamos corrientemente diversos lenguajes, hablados o escritos, como nuestra forma habitual de comunicación? Los derechos positivos modernos se presentan, también y en principio, como textos escritos. Las leyes promulgadas pueden ser vistas como mensajes mediante los cuales el legislador comunica alguna intención normativa: propone, con cierta fuerza admitida, que algún cambio se produzca en el escenario social. En tanto mensajes lingüísticos, entendemos las normas promulgadas y, por ende, utilizando nuestra competencia lingüística, les atribuimos algún sentido. Podemos acreditar socialmente que interpretamos un texto cuando, al captar alguno de sus sentidos posibles, somos capaces de producir otro texto que exprese el sentido que deseamos atribuir al texto. En nuestro fuero íntimo, identificamos el texto que percibimos con la proposición que tengamos en mente. Atribuir sentido puede considerarse, como sostenía Husserl, una actividad mental de identificación entre dos representaciones: la del hecho o textos externos, y la proposición que interiormente sustentamos. Se trata, con todo, de un modelo explicativo plausible, pero insuficiente para analizar la constitución de interpretaciones socialmente válidas. De ahí que, en la especulación teórica y filosófica, fuera de admitirse que la interpretación de un texto desemboca en otro texto, se suele sustentar la tesis de la existencia de otras entidades no empíricas, pero necesarias para un mejor análisis: significados, sentidos, referencias, proposiciones, noemas, intensiones, etc. Sea ello como fuere en ese campo, donde proliferan teorías sobre el significado y el sentido de los enunciados, bastará aquí destacar que el nuevo texto producido constituye la interpretación verbal o literal del primero. Una interpretación se configura, pues, como una especial relación entre dos enunciados o textos.

Cabe afirmar, cuando captamos sin dificultades el sentido de un texto, que el texto original y su interpretación coinciden enteramente en su contenido, que literalmente dicen lo mismo. Es frecuente, sin embargo, que sólo afirmemos que interpretamos un texto cuando el texto resultante difiere del original en algún aspecto lingüístico. Consideramos, además, que el nuevo texto expresa mejor el sentido que en el original, al parecer, no es patente. Se suele denominar este procedimiento, mediante el cual producimos un texto distinto, que exhibiría el mismo sentido que el texto del cual partimos, una interpretación literal. Una interpretación literal puede considerarse una suerte de traducción o versión de un texto a otro que, según se dice, expresa en otros términos

el mismo sentido que el texto de origen. Admitamos, por de pronto, que la traducción literal de ciertas normas, de poder logrársela, constituye en sí una interpretación de aquellas normas. Las reglas del derecho romano que se decía aplicar en el siglo XIX en diversos estados europeos requerían, para ser entendidas, de su traducción, traducción que, sin duda, involucraba alguna interpretación de su sentido enigmático.

Pero una buena traducción, una traducción fiel que no constituyera una distorsión interpretativa, no es fácil de lograr. Por de pronto, la posibilidad de lograr una versión distinta, pero significativamente equivalente, de un texto cualquiera, depende de la estructura y riqueza del lenguaje que utilicemos. Los lenguajes naturales no coinciden ni en sus estructuras gramaticales ni en sus léxicos. Por lo tanto, la versión de un texto, formulado en un lenguaje, a un idioma distinto, nunca dice exactamente lo mismo, aunque muchas veces las diferencias sean desdeñables a los fines de la comunicación establecida. No se trata, pues, cierto, de producir, al interpretar traduciendo, simplemente una versión verbal de un texto, sino de alcanzar una nueva versión que exprese con mayor acuidad el significado del texto interpretado, entendiendo por ello, en principio, el permitir que la comunicación pretendida efectivamente se cumpla. Por ello, muchas veces los juristas no consideran interpretación de un texto legal las simples variaciones léxicas, sintácticas o estilísticas que cabe practicar sobre un texto normativo cualquiera. La idea es que cabe obtener, a partir de un texto normativo no enteramente comprensible, un nuevo texto que exprese el mismo sentido que el texto original, pero de manera más fácilmente comprensible: algo así como una traducción accesible de un texto no entendido cabalmente por algún inconveniente en la forma superficial del mensaje. El legislador que formulara sus leyes en un lenguaje extraño tendría que ser traducido al lenguaje que otros entiendan; el legislador que formulara sus normas en un lenguaje excesivamente abstruso, tendrá que ser traducido vertiendo sus expresiones a un lenguaje común comprensible por los destinatarios de sus mensajes. Ambas traducciones constituyen interpretaciones del texto mismo del mensaje; son interpretaciones literales que sustituyen una forma superficial del mensaje lingüístico por otra expresión dotada de características pragmáticas diferentes: es mejor entendida.

El poder producir un nuevo texto, que sea la versión literal de un texto no enteramente claro dependerá, entre otras cosas, de la riqueza léxica y sintáctica del lenguaje que utilicemos para efectuar la traducción interpretativa. Mas la versión obtenida dependerá, también, del interés que despleguemos al llevar a cabo la traducción o glosa. Siempre son posibles múltiples versiones literales del mismo texto, según sea el nivel de explicitación del sentido del texto original que busquemos. Una interpretación meramente literal puede tener, según se dice, mayor o menor profundidad. Compárese, por ejemplo, las múltiples versiones existentes de los fragmentos de los presocráticos, textos que, según la versión que se prefiera, parecen diferir enérgicamente en su

sentido. Pero muchas veces las versiones de un texto difieren de éste en cuanto no reflejan ciertos aspectos del original —como sus características estilísticas—, o los desdeñan. Las traducciones e interpretaciones de textos literarios, como un poema, suelen plantear de manera aguda estos dilemas. En la historia occidental, la traducción de los textos bíblicos, en sus múltiples variantes, planteó tempranamente el problema de la interpretación literal y gramatical, al punto de que se tomaron al respecto decisiones políticas, como en Roma y en Inglaterra. No hay, pues, una única traducción estrictamente literal de un texto cualquiera, sino múltiples interpretaciones posibles que se exponen en traducciones divergentes.

Ello sorprende a quien crea que lo que dice tiene siempre un sentido único, aquel que le parezca conveniente y adecuado a sus intenciones expresivas. Los juristas, en este terreno, han sostenido tradicionalmente, y con una tesitura algo autoritaria, que frente a la ley clara no corresponde interpretación alguna. La leyes claras, empero, tienen que ser comunicadas y entendidas. Por ende, son traducidas al lenguaje que el receptor del mensaje considera adecuado. Los jueces hacen lo propio al aplicar supuestas leyes claras: las interpretan otorgándoles el sentido que les parece adecuado al lenguaje en que se expresan y a otras circunstancias socialmente dadas. Baste advertir que el repertorio de lenguajes en que se expresa una interpretación cualquiera, varía no solamente según sea el sujeto que la formula, sino también según el contexto en que la interpretación se efectúe. Actualmente, por caso, es un problema importante alcanzar versiones literalmente fieles y adecuadas de los textos legales que tengan que ser manejados en programas de inteligencia artificial. Ello requiere, por de pronto, la traducción de los textos normativos al formalismo del lenguaje de computación utilizado. ¿Cómo entender que un texto castellano sea vertido literalmente a un lenguaje formal? Es claro que los lenguajes simbólicos a que recurre la computación difieren sustancialmente, en su sintaxis y en sus símbolos léxicos, de los lenguajes naturales en que se expresan los legisladores. Y aun en este terreno, tenemos que, como hay múltiples lenguajes de computación, también caben múltiples formalizaciones de un mismo texto. Permaneciendo en el terreno de los lenguajes no formales, como el castellano de este artículo, por caso, la traducción de las normas que el legislador haya redactado en este lenguaje al lenguaje o jerga técnica con que se manejan los juristas tiene también sus bemoles. El lego no suele entender el lenguaje esotérico del experto en derecho y requiere de intermediarios que se lo traduzcan; a la inversa, el discurso vulgar del lego y el discurso político del legislador muchas veces requieren ser traducidos al lenguaje técnico de los juristas para que los magistrados puedan entender de qué se trata y poder llevar a cabo su tarea de aplicar el derecho. Los problemas de la interpretación literal derivan, en parte, pues, de las complicadas relaciones que se manifiestan entre las expresiones aceptables de lenguajes diferentes.

Parece claro, con todo, que, frente a un texto legal y su interpretación literal, debemos postular además algunas relaciones lógicas imprescindibles: ambos textos serán, banalmente, equivalentes, en cuanto exhibirán los mismos valores designados, veritativos o normativos. Pero se requiere algo más para ser considerados interpretación literal recíproca: deberán ser lógicamente equipolentes. Se suele caracterizar así a los enunciados de contenido coincidente, no sólo por su extensión, sino también por su intensión. Los enunciados equipolentes mencionan los mismos estados de cosas en los mismos mundos posibles. Los enunciados equipolentes, por de pronto, tienen lógicamente las mismas consecuencias y, por ende, son recíprocamente derivables. Pero la característica de la equipolencia, más fuerte que la de la mera equivalencia, remite a conceptos que quizás no puedan definirse de manera puramente formal, como es la mención de sinonimia. Sea ello como fuere, estas características dependen en todo caso del lenguaje utilizado y son difícilmente definibles, con suficiente precisión, en los lenguajes naturales; así como del tipo de lógica y de la noción de consecuencia que efectivamente se adopte. En nuestra práctica comunicativa, decidimos en cada caso si dos expresiones dicen, o no dicen, lo mismo. Probarlo rigurosamente es otro cantar. En el nivel de los lenguajes naturales corrientes, la equipolencia, en todo caso, no constituye una función uno a uno, dado que ningún enunciado determina unívocamente otro enunciado equipolente. De donde resulta que, frente a una norma cualquiera son siempre posibles, por razones derivadas de las características lógicas de la relación, múltiples interpretaciones literales de la misma, según se presenten los intereses del intérprete y sus recursos expresivos. La preferencia por una cierta interpretación literal de un texto normativo, frente a las múltiples posibles, dependerá de las preferencias del intérprete y de su interés en alcanzar una versión que pueda ser compartida.

Los juristas han encarado estos problemas al referirse a la denominada interpretación literal o gramatical de textos normativos. Pero en la práctica moderna del derecho, la comprensión del sentido de textos escritos comprende también la de muchos otros textos que no son vistos como normativos: declaraciones de partes, informes periciales, datos estadísticos, etc. Por lo tanto, el juez lleva a cabo también una interpretación literal —a veces, denominada gramatical o textual— cuando lee un informe pericial, una declaración testimonial, un debate parlamentario, etc. Desde el punto de vista lingüístico apuntado, la interpretación literal concluye con la producción de un nuevo texto al que el emisor del mensaje, o su receptor, atribuyen el mismo sentido que el texto interpretado: ello depende de la riqueza léxica y sintáctica del lenguaje que utilicemos y de los intereses pragmáticos que nos muevan. Esta equipolencia pragmática, sin embargo, es obviamente contextual y no contamos teóricamente con criterios para identificarla ni con técnicas infalibles para obtenerla. De ahí los problemas que suscitan las traducciones automáticas que en escasa medida pueden atender las restricciones con-

textuales en que todo texto se formula. Pragmáticamente, los interlocutores pueden considerar equivalentes dos expresiones lingüísticas por entender, cada uno por su lado, que afirman o dicen lo mismo. Aceptamos que ambos acepten que algunos criterios sintácticos y semánticos comunes son condiciones necesarias de la equipolencia sustentada; en el plano pragmático, por definición, los contextos de emisión y recepción del mensaje diferirán entre ambos interlocutores. No se trata, pues, cuando se habla de una interpretación literal de un texto, de una función definida, puesto que a ningún texto corresponde una única versión o interpretación literal. Siempre caben múltiples interpretaciones literales de un texto cualquiera, al margen de las variaciones léxicas (reemplazo de un término por sus sinónimos, por ejemplo) y sintácticas (transformaciones gramaticales) introducidas en el texto. Sucede que el aspecto superficial de un texto puede ser menos comprensible, en ciertas circunstancias, que algunas de las variaciones léxicas y sintácticas que es lícito producir gramaticalmente: ello dependerá de los intereses extralingüísticos del emisor y del receptor del mensaje.

Tenemos pues que, en principio, la interpretación literal de un texto jurídico consistirá en la elaboración de otro texto, sea mediante sustituciones léxicas o variaciones sintácticas, a partir de los datos del texto normativo o declarativo que se pretenda interpretar. Dado que el contradominio del texto interpretado admite múltiples versiones, cuando se habla de interpretación literal (o gramatical) de normas jurídicas no estamos ante una función computable. Inclusive, si la versión tiene que producirse en algún lenguaje formal, no existe una formalización única de las normas interpretadas. Ello es notorio toda vez que, en principio, cualquier norma cuenta con múltiples interpretaciones literales posibles y también, cabe agregar, con múltiples formas lógicas bien formadas que la representan.

Por añadidura, los juristas entienden muchas veces por interpretación literal de un texto normativo, otro texto que no guarda ni siquiera relación de equipolencia con el primero, sino que constituye simplemente una variación retórica dotada de un grado distinto de eficacia comunicativa. Tenemos así que, por «interpretación literal» en derecho podemos considerar desde interpretaciones literales estrictas, en que nos limitamos a producir solamente la substitución de términos por sinónimos, o de oraciones por equipolencia, hasta variaciones sintácticas formales que guardan la equivalencia, y glosas más o menos extendidas, que introducen informaciones extrañas en el texto legal supuestamente interpretado literalmente, pero que tienen otros efectos retóricos. La llamada tradicionalmente «interpretación literal» de la ley expresa, por un lado, la capacidad lingüística que poseemos de producir variaciones en un texto, sin alterar mayormente su significado, sea por razones de eficacia retórica o para superar dificultades en la comunicación del mensaje; y, por el otro, la capacidad de producir variaciones textuales para delimitar el dominio de los posibles sentidos de un cierto texto normativo.

III. PROBLEMAS LÓGICOS DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

Se ha indicado, al postular la necesidad de alguna relación de equipolencia entre un texto y su interpretación literal, que ello implica suponer alguna relación más precisa de derivación lógica entre ellos. La interpretación sería un enunciado lógicamente derivado del texto de partida: el texto resultante de la interpretación se inferiría de la norma válida que se toma como premisa. Esta tesis ha sido tradicional entre los juristas, que no sólo han reivindicado enfáticamente el carácter lógico, es decir, racional, de su actividad interpretativa, sino que, como en la célebre doctrina del silogismo judicial, han propuesto considerar la actividad interpretativa en contexto decisorio como una inferencia lógica, en sentido estricto, tal como lo son las figuras silogísticas válidas.

Por el otro lado, también tradicionalmente, los juristas han recurrido a diversas estratagemas para eludir los supuestos rigores de la lógica a que estarían sometidos cuando de aplicar las normas se trata: dado que el lenguaje natural es tan difuso, se arguye, no admite formalización lógica adecuada y, por ende, no le son aplicables los esquemas lógicos inferenciales. Las normas, por añadidura, en cuanto enunciados prescriptivos, carecen de valor de verdad que las haga aptas para un cálculo lógico. De este modo, se toma en cuenta el hecho cierto de que, en la actividad decisoria, intervienen otros factores que introducen elementos de irracionalidad del juez: valores, ideologías, prejuicios, etc.

Es claro que la lógica, en su sentido moderno, no describe actividades reales (psicológicas o externas) de ningún sujeto. Por lo tanto es un sinsentido remitir a la lógica para describir las actividades varias que los jueces efectúan cuando interpretan y aplican normas. Un silogismo es una forma de inferencia, no una descripción de ciertas acciones reales. Sin embargo, las figuras silogísticas, como cualquier otro tipo de formalización de una inferencia, pueden ser tomadas como un modelo para la explicación de las conductas decisorias de los jueces. De ahí la ambigüedad con que se habla del silogismo judicial, donde se trataría tanto de establecer un esquema descriptivo de las actividades interpretativas decisorias de los jueces, como un modelo para criterios de validez de la norma resolutoria resultante. En la literatura reciente, tenemos ejemplos en los que se ha intentado reconstruir, bajo forma más o menos silogística, las decisiones de tribunales que actúan en el *common law*, bajo un régimen de precedentes. Se trataría de asentar así la validez lógica de ciertas decisiones y no de describir la actuación efectiva de los magistrados.

La actividad efectiva —psicológica y externa— de los jueces, en los procesos de interpretación y aplicación del derecho, ha sido descrita y explicada de variados modos. Por una parte, se han llevado a cabo investigaciones empíricas sobre el comportamiento de los órganos judiciales o de funcionarios con competencias decisorias. Se ha verificado que las motivaciones en juego suelen diferir grandemente y que existe

un elemento idiosincrático —la personalidad del juez, por decir así— determinante de las formas de actuar. Por el otro lado, sin embargo, tratándose de actividades decisorias, los modelos de la teoría de la decisión han servido no sólo para evaluar la racionalidad de las actividades judiciales decisorias, sino para establecer también modelos para la investigación empírica de las mismas.

Otra cosa es el aspecto puramente lógico que cabe destacar en los problemas interpretativos en derecho. Los juristas —por lo menos los de tradición continental romanista— aducen que la interpretación que adopten de ciertas normas y ciertos hechos, son o deben ser consecuencia lógica estricta de las normas vigentes y de los hechos acreditados. Esta tesis suele ser rebatida con alguna eficacia por quienes ven en los jueces funcionarios dotados de poder que actúan a la postre en forma discrecional: la decisión judicial, y la interpretación en que se funde, no son actividades racionales, sino más bien actos orientados por razones prudenciales o por criterios tan borrosos como la equidad o la razonabilidad, cuando no un mero ejercicio del poder. Por cierto que sabemos apreciar cuando un juez decide prudente, equitativa o razonablemente. Pero los criterios para apreciar esas virtudes no son principios lógicos. De ahí que se suela afirmar que la actividad interpretativa y decisoria judicial es enteramente ajena a la lógica, por la cual se entiende casi siempre alguna lógica clásica. La circunstancia, además, de que la lógica clásica tradicional —la silogística aristotélica o el cálculo proposicional bivalente— no sea el instrumento más adecuado para controlar el discurso normativo, ha llevado agua al molino de los defensores de la discrecionalidad irrestricta. Más tajantemente, se ha sostenido que, al constituir la actividad interpretativa un proceso por el cual se pasa de ciertas normas a otras instauradas mediante el acto decisorio, y careciendo de las normas de propiedad que las hagan aptas para un cálculo lógico clásico, la actividad interpretativa decisoria del juez sería alógica. Esta tesis, con antecedentes en las escuelas del derecho libre y muy cercanas al irracionalismo ético que difundió hace muchas décadas el positivismo de la Escuela de Viena, exhibe un notorio cariz político autoritario, pero también ha sido invocada por quienes consideran que los jueces deben usar sus funciones decisorias con finalidades distintas a las que hubiera asumido el legislador, como en las propuestas de un uso alternativo del derecho. Todo ello exalta la ardua cuestión de la racionalidad o irracionalidad y, por ende, la previsibilidad de una actividad social fundamental, la solución de conflictos por vía judicial. Como el jurista con pretensiones científicas difícilmente asumiría una actitud irracional expresa —aunque no falten excepciones— se recurre a paños tibios para remediar el planteo: el juez no será racional estrictamente hablando —es decir: no actuaría ateniéndose a pautas lógicas estrictas—, pero al menos se le recomienda como un deber moral el proceder razonablemente, lo que involucra el prurito de que no debe quebrantar a sabiendas principios lógicos evidentes.

Lo cierto es que la reconstrucción lógica de una decisión judicial no es sencilla. Por de pronto, toda reconstrucción requiere adoptar el lenguaje y simbolismo de la lógica a la que se recurra. Actualmente contamos con múltiples sistemas lógicos, muchos de los cuales difieren considerablemente de los sistemas clásicos. El desarrollo de un sinnúmero de lógicas divergentes y, en especial, la proliferación de lógicas normativas del más diverso tipo, hacen problemática cuál sea la racionalidad estrictamente lógica que se pretenda atribuir a una decisión jurídica. Por lo común y a los fines del análisis formal, se suele postular, como forma canónica que las normas jurídicas pueden adoptar, la de un enunciado condicional con un consecuente deónticamente modalizado. Las normas jurídicas expresan así que, dados tales o cuales hechos, cierta consecuencia normativa debe seguirse. El antecedente, en que se describen las circunstancias fácticas del caso que sea, contiene por lo común referencia a hechos cuya verificación es contingente. Sin embargo, en derecho, frecuentemente ciertos hechos se consideran verificados a *priori*, al margen de toda verificación o prueba, en mérito únicamente de alguna presunción. En todo caso, es también decisión judicial el establecer qué hechos se consideran suficientemente probados y cuáles no. Corresponde pensar, pues, que el antecedente de una norma jurídica sólo tiene valor de verdad problemático: se trata de una descripción de un hecho con un valor de probabilidad mayor o menor. De ahí que se proponga recurrir, para evaluar lógicamente esos antecedentes, a una lógica *fuzzy* o difusa. Más aun, normalmente el juez deberá hacer frente, casi siempre en casos litigiosos, a informaciones contradictorias sobre los hechos que son condiciones necesarias o suficientes para extraer la consecuencia normativa prevista. Es posible, por cierto, recurrir en el análisis de estos planteos a aquellas lógicas, como las paraconsistentes, en que premisas contradictorias no tornan trivial la derivación. Y, por fin, al advertirse, sobre todo en la elaboración de sistemas expertos para usos jurídicos, que la característica de monotonía de las derivaciones lógicas clásicas parecía no ser respetada —pues muchas veces el agregado de nuevas circunstancias a los antecedentes físicos del caso hace inviable la consecuencia—, se han construido sistemas lógicos no monotónicos, que permitirían salvar ese inconveniente y reconstruirían con mayor fidelidad el razonamiento decisorio judicial.

A ello se agrega que las paradojas tradicionales de las lógicas clásicas, en especial, las propias del condicional material, reaparecen con nuevos ropajes en las lógicas recientes a que se ha aludido. Resulta así que la mera reconstrucción formal de una decisión interpretativa no constituye una demostración suficiente y categórica de la racionalidad estricta del razonamiento decisorio examinado, si pensamos en las lógicas como los órganos adecuados de control de racionalidad de un discurso. Por añadidura, está de moda señalar que el juez, al hacerse cargo de los hechos de un caso, no trata de lograr una descripción neutra de los mismos, sino que más bien trataría de lograr una compren-

sión empática de lo acaecido: el juez encararía los hechos en actitud de comprensión hermenéutica. Pero este tipo de comprensión, a la que recurrirían metódicamente disciplinas históricas, psicológicas y sociológicas, no cuenta con criterios de objetividad suficientemente definidos y, por añadidura, nada implica en cuanto al tipo de lógica que defina el razonamiento decisorio judicial.

En la terminología tradicional de los juristas se entiende por interpretación lógica, en todo caso, la labor de construir un conjunto finito de normas consistentes entre sí, que permita derivar rigurosamente la conclusión buscada por el juez. Sucede que los órdenes jurídicos positivos contienen conjuntos no enumerables de normas y, por lo común, múltiples subconjuntos inconsistentes. De asumirse esta circunstancia, resultaría que ninguna conclusión normativa podría evitarse, pues todas quedarían fundadas suficientemente en forma trivial. Los juristas, si bien proclaman la supuesta consistencia del orden normativo que manejan, invocando quizás la sombra protectora de un mítico legislador racional, de hecho seleccionan, en el material normativo válido que se les ha transmitido, subconjuntos reducidos de normas, cuya consistencia sea acreditada, suficientes para resolver los requerimientos del caso y, por ende, para poner término al conflicto planteado. Negativamente, esa exigencia de consistencia lógica suele expresarse indicando que la interpretación que se dé a una cierta norma no debe conducir a la inaplicabilidad o derogación de otras. Pero ello constituye más bien una aspiración política de racionalidad, que un objetivo efectivamente logrado o realizable: sólo en conjuntos finitos enumerables cabe cumplir esta tarea de compatibilización de normas, bajo el rótulo de una interpretación llamada «lógica».

En algunos países, la exigencia de que la versión de los hechos que el juez acepte, y de que el conjunto de normas que invoque sea consistente, es una obligación impuesta a los jueces: éstos, se pretende, deben ser racionales por imposición del constituyente o del legislador. Las sentencias que violen ostensiblemente algún principio lógico pueden ser revocadas por ser contrarias a esa garantía, denominada a veces (en el derecho argentino, por ejemplo), garantía de racionalidad. Pero, de alguna manera, el carácter racional —esto es: su posible demostración, como conclusión de un razonamiento lógicamente correcto— de las decisiones judiciales se ha convertido en un presupuesto implícito, teórica y prácticamente, en los derechos modernos. Frente a la pura discrecionalidad y casuismo de jueces primitivos, los jueces de los estados modernos deciden, pretendemos, conforme a derecho. Es decir, adoptando como premisas de sus decisiones las normas válidas del derecho positivo en que actúen y las descripciones de los hechos probados, para arribar a la conclusión mediante inferencias lógicamente válidas. En este sentido, los jueces de los estados modernos funcionan como órganos cuyas decisiones son previsibles en medida suficiente. Son, por ende, autores de decisiones racionales. Si esa racionalidad supuesta es

susceptible de control, habrá que aceptar que un razonamiento decisorio judicial admite ser contrastado con un esquema lógico válido y, en ese respecto, podría afirmarse que la interpretación y aplicación del derecho están sujetos a cánones lógicos. Sin embargo, no existe consenso en la literatura con respecto a las reconstrucciones formales, a la lógica adecuada para el control del razonamiento jurídico decisorio.

IV. LOS MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN

La literatura técnica de la jurisprudencia menciona diversos métodos interpretativos, supuestos procedimientos y recursos mediante los cuales los jueces y los juristas podrían llevar a cabo la interpretación del derecho. Varios de estos procedimientos provienen de la literatura teológica, en que se trataba de interpretar de diversas maneras textos considerados sagrados o revelados. Ya con motivo de la interpretación de los textos bíblicos, se distinguió diversas maneras de abordar su interpretación: desde la mera glosa literal, hasta la glosa analógica que buscaba en la letra del libro sagrado algún sentido simbólico. Así como el texto revelado era considerado expresión o revelación de la voluntad de alguna divinidad, el texto legal también fue pensado desde muy temprano —hay fragmentos presocráticos que admiten esta tesis, como el Fragmento 33 de Heráclito— como la expresión de la voluntad del legislador, fuera éste un efectivo legislador histórico o un legislador mítico legendario. Desentrañar, pues, el significado del texto sagrado o del texto legal, de alguna manera implicaba hacerse cargo y entender lo querido por los autores de tales textos, hacerse cargo de la voluntad del legislador. Conforme a esas pautas tradicionales de interpretación, el punto de partida se encontraba siempre en el tenor literal del texto: la letra escrita, que, al fin y al cabo, era un don divino o el producto del acto legislativo.

Un texto cualquiera es entendido no sólo porque se conoce su léxico, sino sobre todo porque se domina su gramática. Esta competencia lingüística de que estamos dotados, supone que la expresión verbal superficial —gráfica o sonora— cuenta con una estructura profunda en la que cabría hallar las características sintácticas y los rasgos semánticos diferenciales que determinan el sentido de la expresión. Acceder a esta estructura profunda es entender, pues, lo que el texto dice. Por consiguiente, se ha mantenido que la interpretación de un texto legal requiere no sólo el conocimiento de los símbolos simples utilizados, el léxico, sino el dominio de la gramática del lenguaje usado; hacer explícita esa estructura es el recurso esencial del llamado «método gramatical».

Problemas tales, aparentemente lingüísticos, se manifestaron intensamente con la recepción del derecho romano en el siglo pasado. Se trataba de entender textos escritos en latín, durante muchos siglos, y anteriores en más de un milenio, por lo menos, a su recepción. Y así como

los lenguajes, según se descubría entonces en el siglo XIX, evolucionaban con el transcurso del tiempo, los derechos positivos, derechos de sociedades históricas, también se encontraban sujetos a cambios históricos. Entender qué disponía una ley romana requería no sólo entender el latín, sino también, de alguna manera, hacerse cargo de la situación histórica en que tales normas habían sido creadas y de su posterior evolución. Y, ello, tanto más cuando se trataba de aplicar normas milenarias a situaciones inéditas surgidas en las novedosas condiciones sociales de las sociedades en proceso de industrialización del siglo XIX. Las leyes también tienen su historia: han sido producidas en cierto momento, aplicadas durante ciertos lapsos, modificadas o eliminadas en otra ocasión. Si además esas leyes son textos escritos en lenguajes que históricamente evolucionan, bien pronto se hizo perentorio al tomar en cuenta esas historias al interpretar textos considerados válidos. Savigny fue quien, al tratar de sistematizar los textos trasmitidos del derecho romano para su aplicación actual, hizo hincapié en las distintas etapas que la interpretación y aplicación del derecho requerirían: junto a los procedimientos metódicos gramaticales y lógicos tradicionales, correspondía atender a la investigación histórica. Mientras gramática y lógica bastaban para interpretar textos bíblicos considerados entonces ajenos a una historia humana, los textos legales cuentan en cambio con una historia profana y su indagación es absolutamente necesaria para entenderlos. Sólo agregando la historiografía al repertorio de métodos jurídicos de interpretación, cabía alcanzar una interpretación de los textos recibidos que los hicieran aptos para su aplicación en el presente. Lo mismo correspondía hacer con las viejas costumbres (*coutumes*, *Sitten*, fueros, etc.) a las que se reconocía a veces validez como normas sociales obligatorias: sólo su ubicación histórica permitía interpretar adecuadamente su extensión a clases de casos y, eventualmente, su posible actualización. Tanto el derecho romano receptado como las costumbres convalidadas eran normas jurídicas. Vale decir, conforme a la concepción tradicional, imperativos promulgados por alguna voluntad. Dado que para ambos cuerpos normativos la identificación de un legislador concreto no siempre era posible, se recurrió a la ficción —muy prestigiosa en la especulación política— de la existencia de un legislador anónimo —la voluntad o el espíritu popular— a quien atribuir la autoría de las normas consuetudinarias o receptadas consideradas válidas.

Los procesos de codificación, sobre todo a partir del *Code Civil* francés, llevaron a repensar la cuestión de los procedimientos interpretativos a que los jueces debían echar mano. Los códigos de principios del siglo XIX tenían autores identificados, por lo común, grupos de redactores cuya obra era luego promulgada mediante acto legislativo de alguna autoridad. Así, se afirmaba, como cosa notoria, que Napoleón era el autor del *Code Civil,* que, si bien había sido confeccionado por una comisión redactora, sólo adquirió fuerza de ley por voluntad del emperador. Interpretar dicho código, por ende, implicaba hacer explíci-

ta la voluntad de ese legislador concreto, un legislador al que paulatinamente se le atribuyeron rasgos casi divinos: una voluntad enteramente racional, en cuanto no podía haber querido cosas contradictorias; una voluntad omnímoda, en cuanto no cabía pensar en situaciones que no hubieran sido previstas o que escaparan a su poder. Por ende, la única interpretación auténtica de tales textos debía reducirse a explicitar la voluntad real del legislador y, dado el carácter racional de la misma, a explayar sus consecuencias lógicas. La escuela exegética, que prosperó sobre todo en Francia durante el siglo pasado, centró, por ende, el problema de la interpretación decisoria del derecho en la exégesis de la intención del legislador. La misma era factible, como una interpretación auténtica, solicitando a los autores mismos del texto cuál había sido su intención al redactarlo, de igual suerte que se admitía que la interpretación de un contrato quedaba librada a la voluntad de reformular sus intenciones, que las partes podían ejercer. Pero con el transcurso del tiempo, tales procedimientos de exégesis directa se hicieron imposibles y, en consecuencia, se intentó reconstruir una imaginaria voluntad presunta del legislador, recurriendo a los elementos materiales en que dicha voluntad habría quedado expresada: al fin y al cabo, el *Code Civil* fue un texto cuya versión definitiva tuvo como antecedentes proyectos y esbozos elaborados por un cuerpo colectivo cuyos archivos podían consultarse. La escuela de la exégesis, pensando siempre en la reconstrucción del sentido de la ley en cuanto expresión de la intención o voluntad del legislador, recomendó escudriñar los trabajos preparatorios de la legislación examinada: informes previos, exposiciones parlamentarias, etc.

Sucede, empero, que no siempre tales antecedentes conducen a resultados interpretativos coherentes, pues la multitud de elementos considerados «trabajos preparatorios» puede muy bien abundar en inconsistencias, lagunas, redundancias, etc. La equiparación del legislador histórico con el legislador racional no pudo mantenerse. Más aún cuando, al menos desde mediados del siglo pasado, una elaboración sistemática de los derechos positivos vigentes comenzó a propagarse a partir de la dogmática alemana. La exégesis francesa clásica entró en crisis y en su lugar se propusieron procedimientos varios para justificar de alguna manera las decisiones que los jueces adoptaban a partir de normas arcaicas para el momento en que el conflicto judicial se suscitaba. Corresponde hacer mención al pasar de algunos de estos procedimientos —jurisprudencia de intereses, libre investigación científica, derecho libre, ingeniería social, interpretación hermenéutica, etc.— Con todo, la pregunta que interesa es: ¿qué función real desempeñan los tradicionales métodos de interpretación y muchos de los métodos novedosos propuestos desde entonces, en la actividad decisoria real de los jueces?

Por de pronto, cabe advertir que los jueces disponen de un amplio repertorio de recursos interpretativos sugeridos: si bien el juez está ceñido al texto legal, que recurra a procedimientos exegéticos, a recons-

trucciones dogmáticas, a especulaciones históricas, a cálculos de intereses, a la reconstrucción hermenéutica del caso, es asunto que pareciera quedar librado a la pura discrecionalidad judicial. Algunos textos normativos, sobre todo para el caso de lagunas o vacíos normativos, proponen, cierto es, que el juzgador acuda a procedimientos tales como la extensión analógica, o a ciertos recursos retóricos aceptados, como los argumentos *a fortiori*. Pero aun en tales casos, los jueces no están obligados a efectuar extensiones analógicas o a razonar restrictivamente *contrario sensu*. ¿Qué son entonces estos «métodos» de los que se puede echar mano a voluntad?

Por cierto que no se trata de métodos o procedimientos de investigación en el sentido en que, en las disciplinas empíricas, se habla de métodos y de procedimientos experimentales. Tampoco son, en rigor, normas jurídicas que impongan obligaciones definidas a los jueces. Considerarlos máximas de prudencia o principios jurídicos derivados de una moral asumida *a priori*, tampoco parece satisfactorio, toda vez que ninguno de los métodos tradicionales de interpretación, aun rigurosamente aplicados, permiten arribar en los casos en que se los aplica a solucioness incuestionables: una solución puede fundarse positivamente argumentando por analogía, pero también cabe excluirla mediante un argumento contrario. No se trata pues, de directivas que los legisladores impongan a los órganos de aplicación y, mucho menos, de principios normativos *a priori*. Una manera de entenderlos consistió, sobre todo a partir de la obra de Viehweg y Perelman, en considerarlos repertorios de elementos retóricos, eficaces tradicionalmente, a los que los jueces pueden recurrir en sus argumentaciones justificatorias. No se trata de que mediante tales métodos los jueces arriben a la única solución correcta, pues no la hay por principio; sino de que los jueces puedan justificar suficientemente la solución que adopten, invocando procedimientos socialmente reconocidos. Los métodos tradicionales de interpretación son básicamente recursos de justificación y su utilización debe examinarse al considerarse la interpretación en derecho como un proceso de decisión en que cabe distinguir decisiones racionalmente fundadas, de decisiones arbitrarias, carentes de fundamento alguno.

V. INTERPRETACIÓN Y DECISIONES RACIONALES

Un juez ideal, podemos imaginar, tendría conocimiento cabal de todas las circunstancias del caso, de manera de poder aplicar las normas de forma rigurosa. Los jueces reales, como el común de los mortales, no cuentan con conocimientos tan amplios: deben adoptar decisiones, por lo común, en condiciones de información parcial. Conocen algunas de las circunstancias que el caso exhibe, aunque quizás muchas de ellas no sean relevantes. Y muchas circunstancias relevantes pueden permanecer ignoradas o sólo son conocidas incompletamente. Los derechos po-

sitivos suelen prestar remedio a tal situación, en cuanto, por un lado, muchas normas expresamente enumeran cuáles sean las circunstancias relevantes que han de ser tenidas en cuenta al resolver un caso, entendiendo por tales aquellas cuya presencia o ausencia verificadas modificarían la solución normativa del caso. Por otra parte, muchas circunstancias relevantes, cuya verificación o prueba puede ser innecesaria o difícil, son sustituidas por presunciones legales que invierten la carga de la prueba. Que una circunstancia relevante se tenga por acaecida o no, depende, en todo caso, de una decisión judicial. Ello llevó a los juristas tradicionales a distinguir el mundo de la realidad del mundo ficticiamente creado, por arte de birlibirloque, en las actas judiciales. O, como escandalosamente sostuvieron Kelsen y los realistas norteamericanos: así como los jueces crean derecho (esto es, promulgan normas), también son creadores de los hechos que el juez considera acreditados. Como los hechos, por lo tanto, son escogidos por el juez, se considera que éste hace efectivas sus preferencias ateniéndose a valoraciones.

Pero resulta que también las normas son objeto de selección por el juez. En efecto, dentro del conjunto inabarcable de normas —más otros elementos: definiciones, declaraciones políticas, referencias históricas, posiciones ideológicas, etc., que encontramos en los textos de los derechos positivos—, el juez escoge aquel subconjunto suficiente, de acuerdo con su criterio, para dar fundamento normativo a su decisión. El jüez procede, pues, a seleccionar tanto los hechos del caso, como las normas que justifican la solución elegida. Es en ese sentido que se recalca que el proceso de aplicación e interpretación del derecho se encuentra ligado a una secuencia de decisiones, relacionadas entre sí, como motivaciones sucesivas de la actuación judicial y como conjunto de premisas de la conclusión a que se arribe. Se suele considerar que tales decisiones, sobre hechos y normas, momentos esenciales en todo proceso de interpretación judicial, están determinadas por las valoraciones que el juez lleva a cabo.

Qué se entienda por «valor» es ciertamente cosa controvertida. Las discusiones referentes a qué tipo de cosas sean los valores, cuáles sean las características ontológicas que se les atribuya, es tema de innumerables especulaciones desde mediados del siglo pasado. Con Nietzsche, sin duda, el tema de los valores se ha convertido en asunto central de las preocupaciones filosóficas. Sin pronunciarnos aquí por esta o aquella tesis ontológica, cabe referirse a las valoraciones que un sujeto efectúa en cuanto, efectiva o potencialmente, ejerce una preferencia entre estados de cosas alternativos. Tales valoraciones han sido concebidas como situaciones en que se experimenta, de alguna manera, los valores mismos, o, al revés, como estados anímicos que llevan a hipostasiar ciertos predicados de relación en entidades ideales denominadas «valores». Según sea la concepción que al respecto se mantenga, los valores se manifiestan o bien expresan a través de las preferencias socialmente predominantes con respecto a ciertos estados de cosas, o bien pueden

ser preferencias propuestas por algún código moral o ideal u otra instancia de ese tipo. En el primer caso, los valores dependen de las circunstancias contextuales y se los considera relativos. Los valores morales absolutos, en cambio, son pensados como atemporales y ajenos a limitaciones contextuales: se trata de objetos ideales en sentido platónico. Cuando decimos que el juez decide conforme a valores, puede que nos refiramos a los valores reales y relativos, vigentes en determinados grupos sociales, o bien a los valores ideales que propone acaso alguna ética crítica.

Los valores expresan preferencias y en cuanto las normas establecen conductas debidas y prohibidas, también las normas pueden ser pensadas como expresión de preferencias valorativas. Por tanto, el juez debe resolver en el marco de ciertas preferencias que le están impuestas: el juez debe aplicar el derecho vigente, pero que requiere, para su aplicación, un cúmulo de otras decisiones, fundadas quizás en preferencias de otra índole. En general, se considera que el juez que resolviera exclusivamente a partir de sus preferencias personales actuaría arbitrariamente, siendo justamente el mérito de los sistemas de derecho modernos, el actuar los jueces dentro de los límites de ciertas preferencias establecidas con validez general en el derecho escrito. Esto es: dando mayor jerarquía a las pautas de decisión que el legislador ha establecido al dictar leyes de aplicación general.

Ahora bien: un conjunto de preferencias puede articularse en un conjunto de normas consistentes, racionalmente justificables, si dichas preferencias constituyen sobre sus dominios una relación de orden, por lo menos, débil. Las preferencias, por ende, se presentan como relaciones asimétricas sobre estados de cosas que, por lo general, según se considera pertinente para aparecer como racionales, deben poseer también la propiedad de transitividad. Una decisión personal —lo que no es el caso del juez— sobre un conjunto de preferencias, requiere la imposición de esa mínima relación de orden. Pero las decisiones judiciales, en los estados modernos, rara vez constituyen decisiones individuales; son, por el contrario, decisiones colectivas elaboradas en diversas etapas, temporal y jerárquicamente reguladas. La decisión de un caso es, aun cuando intervenga un juez único, una decisión grupal, pues las partes en el litigio contribuyen de una u otra manera a la adopción de la legislación que sea, en mérito a las preferencias que efectivamente ejercen. Un juez, por ejemplo, mal podría tener por probado un hecho que la parte interesada ha evitado acreditar, decisión de la parte que condiciona la decisión judicial final. Tratándose de órganos colectivos —como los tribunales colegiados, o los tribunales organizados jerárquicamente—, las decisiones judiciales tienen que ser pensadas como el resultado de una función colectiva de preferencia, una función determinante de la decisión social o colectiva que, como se sabe, debe satisfacer ciertos prerrequisitos específicos para poder ser considerada una decisión racional y no un mero acto arbitrario de poder. Desde

Arrow sabemos que las decisiones colectivas, como los actos jurídicos de decisión, están sujetos a ciertos teoremas de imposibilidad y a principios de equivalencia, que sientan las condiciones necesarias de racionalidad. De ahí deriva que la posibilidad de que la aplicación del derecho sea arbitraria, mero ejercicio del poder, nunca está excluida, pues la decisión judicial colectiva depende no sólo del orden de preferencia socialmente establecido, sino de las circunstancias concretas en que se lleva a cabo, situación en que puede predominar el orden de preferencias que el juez subjetivamente sustente.

Tenemos, pues, cuando hablamos de interpretación operativa en derecho, o de aplicación e interpretación en derecho, como le gustaba sostener a Kelsen, decisiones colectivas regidas por funciones sociales de preferencia cerradas, que se adoptan en el marco de preferencias generales normativamente definidas, casi siempre en un contexto de información incompleta o, inclusive, en contextos de incertidumbre. De ahí que todo litigio sea, aun cuando el juez se atenga estrictamente al derecho vigente, una situación de riesgo, pues la decisión sólo puede ser prevista como una mera posibilidad con una probabilidad relativa no siempre calculable. Las estrategias de decisión, en tales circunstancias, no pueden aspirar a criterios de máxima —una estrategia *maximax*—, como cuando se pretende que el juez resuelva con entera justicia en todos los casos o, más exageradamente, con plena equidad (como si tuviera conocimiento de todas las circunstancias del caso). A veces, con todo, se recomiendan y se proclaman estrategias de tal tipo, como las propugnadas —por ejemplo— por el principio de legalidad rigurosa: *dura lex, sed lex*. En la mayoría de los casos, en cambio, el juez tratará de maximizar los elementos positivamente valorados, distribuyendo las cargas y costos en forma de minimizarlas. Esta estrategia *maximin*, como se la designa, al parecer permite mantener un cierto sistema social con alguna justicia, y es esta justicia, mínima para quien cree en valores absolutos, pero máxima para quien sabe que la decisión está siempre circunstancialmente condicionada, la manera como los jueces al aplicar e interpretar el derecho, hacen justicia.

El juez, pues, como intérprete, actúa como un mediador entre partes que proceden recíprocamente como antagonistas en un conflicto suma cero: la situación típica inicial en un litigio civil o comercial de derecho privado. La función judicial básica reside en buscar una solución que, en lo posible, maximice las utilidades que las partes puedan lograr y disminuya los costos que deban paliar.

Es en este contexto que cabe analizar la actividad decisoria en que el juez produce su interpretación de las normas y de los hechos, que las partes ofrecen, por lo común, en versiones parcialmente contradictorias. Para llegar a una solución normativa —esto es: a establecer una norma válida e inédita, fundada en las normas generales vigentes y en un reconocimiento aceptado de los hechos—, el juez procede a elaborar una versión coherente de los hechos y a seleccionar el conjunto de

las normas consistentes que le permitan justificar la norma que efectivamente propone como solución del caso, como una derivación lógica de tales premisas. En este sentido, el juez infiere su decisión final, la norma que contendrá la sentencia, de los hechos del caso y del derecho vigente. La decisión final que no cupiera en el marco trazado por las normas escogidas y que eludiera la referencia a los hechos probados, constituiría un acto judicial arbitrario típico, al punto de que muchas veces no sería entendido como una interpretación racional del derecho, como aplicación del derecho.

Se advierte así que las valoraciones que orientan las decisiones judiciales no son únicamente aquellas preferencias, muy genéricas, que pueden resultar de alguna idea de la justicia o de otros valores un tanto abstractos, sino de las preferencias concretas circunstanciales que llevan al juez a aceptar alguna versión sobre los hechos del caso, descartando otras, y a invocar ciertas normas, poniendo de lado la aplicación de otras también válidas. El juez que interpreta y aplica el derecho positivo, *conforme a derecho*, se mueve en el campo diseñado por las normas legisladas. En ese sentido, su decisión no es arbitraria o discrecional, pero aun la más estricta de las aplicaciones del derecho mantiene un atisbo de discrecionalidad. Pues las decisiones de los jueces son, a la postre, decisiones que toman seres humanos para modificar las expectativas de otros hombres.

BIBLIOGRAFÍA

Aarnio, A. (1977), *On legal reasoning,* Loimaa, Helsinki.

Aarnio, A. (1987), «La ambigüedad semántica en la interpretación jurídica»: *Doxa 4*, 109 ss.

Aarnio, A. (1987), *The rational as reasonable: a treatise on legal justification,* Dordrecht.

Abel, Th. (1948), «The operation called "Verstehen"»: *American Journal of sociology 54*.

Alchourrón, C. y Bulygin, E., (1991) *Análisis lógico y derecho,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Alexy, R. (1978), *Theorie der juristischen Argumentation,* Suhrkamp, Frankfurt am Main.

Allen, C. K. ([7]1964), *Law in the making,* Oxford University Press, Oxford.

Atienza, M. (1986), *Sobre la analogía en el derecho: ensayo de análisis de un razonamiento jurídico,* Cívitas, Madrid.

Atienza, M. (1991), *Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Austin, J. (1885), *Lectures on jurisprudence II*, R. Campbell *et al.* (eds.), London, 624-630.

Barragán, J. (1990), «La respuesta correcta única y la justificación de la decisión jurídica»: *Doxa 8*, 63-74.

Bentham, J. (1979), *Of laws in general*, H. L. A. Hart (ed.), Athlone, London.

Betti, E. ([2]1971), *Interpretazione delle legge e degli atti giuridici*, Giuffrè, Milano.
Bobbio, N. (1970), *Studi per una teoria generale del dirito,* Giappichelli, Torino.
Bobbio, N. (1980), *Contribución a la teoría del derecho,* A. Ruiz Miguel (ed.), Fernando Torres, Valencia.
Brink, D. O. (1988), «Legal theory, legal interpretation and judicial review»: *Philosophy & Public affairs 17,* 105-48.
Bulygin, E. (1967), «Sentenza giudiziaria e creazione del diritto», en P. Comanducci y R. Guastini (eds.) (1987), *L'analisi del ragionamiento giuridico I*, Giappichelli, Torino, 1987.
Bulygin, E. (1992), «Sull'interpretazione giuridica», en P. Comanducci y R. Guastini (eds.), *Analisi e diritto 1992: ricerche di giurisprudenza analitica,* Giappichelli, Torino.
Capella, J. R. (1968), *El derecho como lenguaje,* Ariel, Barcelona.
Carcaterra, G. (1979), *La forza constitutiva delle norme,* Bulzoni, Roma.
Cárcova, C. (1987), «Sobre la comprensión del derecho»: *Crítica jurídica 4,* 77-86.
Cardozo, B. N. (1921), *The nature of the judicial process,* Yale University Press, New Haven.
Carrió, G. R. (1986), *Notas sobre derecho y lenguaje,* Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
Carrión-Wam, R. (1989), «Argumentación ética e interpretación jurídica: una aproximación metodológica»: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Caracas.*
Castán Tobeñas, J. (1947), *Aplicación y elaboración del derecho,* Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid.
Coelho, L. F. (1979), *Lógica jurídica e interpretação das leis,* Forense, Rio de Janeiro.
Conte, A. (1957), *Ricerche in tema d'interpretazione analogica,* CEDAM, Padua.
Cossio, C. (1939), *La plenitud del orden jurídico y la interpretación judicial de la ley,* Losada, Buenos Aires.
Cossio, C. (1940), *El substrato filosófico de los métodos interpretativos,* Anuario de la Facultad de Derecho, Rosario.
Cossio, C. ([3]1967), *El derecho en el derecho judicial,* Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
Cossio, C. (1969), *La causa y la comprensión en el derecho,* Depalma, Buenos Aires.
Cracogna, D. (1990), «La interpretación del derecho en Kelsen»: *Anuario de Filosofía Jurídica y Social 9,* 41-56.
Cueto Rúa, J. (1981), *Judicial methods of interpretation of the law,* Lousiana State University Press.
D'Amato, A. (1991), «Counterintuitive consequences of plain meaning»: *Arizona Law Review 33,* 529-576.
Dascal, M. y Wróblewski, J. (1988), «Transparency and doubt: understanding and interpretation in pragmatics and in law»: *Law and Philosophy 2,* 203-224.
Demolombe, J. C. (1845), *Cours de Code Napoléon I*, Hachette, Paris.

Dickerson, F. R. (1975), *The interpretation and application of statutes,* Little Brown, Boston.
Diniz, M. H. (1989), *As lacunas no direito,* Saraiva, São Paulo.
Domingues de Andrade, M. A. (1987), *Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis,* Coimbra.
Dworkin, R. (1977), *Taking rights seriously,* Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts.
Dworkin, R. (1982), «Law as interpretation»: *Critical Inquiry 9,* 179-200.
Dworkin, R. (1985), *A matter of principle,* Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts.
Dworkin, R. (1986), *Law's empire,* London.
Ekelöf, P. O. (1958), «Teleological construction of statutes»: *Scandinavian Studies in Law 2.*
Engisch, K. 7(1977), *Einführung in das juristische Denken,* Frankfurt.
Esquiaga Ganuzas, F. (1984), «Los juicios de valor en la decisión judicial»: *Anuario de Filosofía del Derecho 1,* 54 ss.
Esser, J. (1972), *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung,* Fischer Athenäum, Frankfurt am Main.
Evans, J. (1988), *Statutory interpretation: problems of communication,* Aukland.
Farias, D. (1990), *Interpretazione e logica,* Giuffrè, Milano.
Ferrajoli, L. (1966), «Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa»: *Rivista internazionale di filosofia del diritto 1.*
Ferraz, T. S. (1977), *A ciência do direito,* Atlas, São Paulo.
Ferraz, T. S. (1988), *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação* (V y VI), Atlas, São Paulo.
Frank, J. N. (1947), «Words and music: some remarks on statute interpretation»: *Columbia Law Review 47,* 1259 ss.
Frank, J. (1963), *Law and the modern mind,* Garden City, New York.
Frankfurter, F. (1947), «Some reflections on the reading of statutes»: *Columbia Law Review 47,* 527 ss.
Friedman, L. M. (1988), «On the interpretation of laws»: *Ratio Juris 3,* 232-262.
Frosini, V. (1991), «Gesetzgebung und Interpretation»: *Österreichisches Zeitschrif für öffentliches Recht und Völkerrecht 1,* 17-30.
Gadamer, H. G. (1960), *Hermeneutik I: Wahrheit und Metode: Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik,* J. C. Mohr, Tübingen.
García Amado, J. A. (1988), *Teorías de la tópica jurídica,* Civitas, Madrid.
Gavazzi, G. (²1984), *Elementi di teoria del diritto,* Giappichelli, Torino.
Gény, F. (³1954), *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* (1901), Sirey, Paris.
Gianformaggio, L. (1983), «Modelli di ragionamento giuridico: modello deduttivo, modello induttivo, modello retorico», en U. Scarpalli (ed.), *La teoria generale del diritto: problemi e tendenze attuali,* Communità, Milano.
Gianformaggio, L. (1986), *Studi sulla giustificazione giuridica,* Giappichelli, Torino.
Gianformaggio, L. (1987), «Lógica y argumentación en la interpretación jurídica o tomar a los juristas intérpretes en serio»: *Doxa 4,* 87-108.
Gil Cremades, J. J. (1988), «Del paradigma del mal legislador al paradigma del mal juez»: *Theoria 7-9,* 109-119.

Gioja, A. (1973), «La interpretación de la ley», en Id., *Ideas para una filosofía del derecho II*, Sucesión de Ambrosio L. Gioja, Buenos Aires, 26-267.
Gizbert-Studnicki, T. (1977), «Lexicography and interpretation of law»: *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie LXIII,* 161-168.
Giuliani, A. (1983), *L'applicazione del diritto,* Rimini.
Gómez Mejía F. (1979), *La interpretación del derecho,* Ananké, Bogotá.
González Vicén, F. (1978), «La escuela histórica del derecho», en Id., *De Kant a Marx (Estudios de historia de las ideas),* Fernando Torres, Valencia.
Goodrich, P. (1985), «Legal hermeneutics: an essay on precedent and interpretation»: *Liverpool Law Review 7,* 99-155.
Gottlieb, G. (1968), *The logic of choice*, Allen & Unwin, London.
Gray, J. C. ([2]1921), *The nature and sources of the law*, Macmillan, New York.
Guastini, R. ([2]1989), *Produzione e applicazione del diritto,* Giappichelli, Torino.
Guastini, R. (1993), *Le fonti del diritto e l'interpretazione,* Giuffrè, Milano.
Guibourg, R. (1990), «La interpretación del derecho desde el punto de vista analítico»: *Anuario de Filosofía Jurídica y Social 9,* 155-170.
Habermas, J. (1981), *Theorie des kommunikativen Handelns: zur Kritik der funtionalistischen Vernunf I-II*, Suhrkamp, Frankfurt am Main.
Habermas, J. (1993), «Justiz und Gesetzgebung. Zur Rolle und Legitimität der Verfassungsrechtsprechung», en Id., *Faktizität und Geltung,* Suhrkamp, Frankfurt am Main.
Hägerström, A. (1953), *Inquiries into the nature of law and morals,* K. Olivecrona (ed.), Almqvist & Wiksell, Estocolmo.
Hart, H. L. A. (1961), *The concept of law,* Oxford University Press, Oxford.
Heck, Ph. (1968), *Gesetzauslegung und Interessenjurisprudenz.*
Heck, Ph. (1968), *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, R. Dubischar (ed.), Gehlen, Berlin.
Hernández Marín, R. (1989), *Teoría general del derecho y de la ciencia jurídica II*, PPU, Barcelona.
Hilpinen, R. (1985), «Normative conflicts and legal reasoning», en E. Bulygin (ed.), *Man, law and the modern forms of life*, D. Reidel, Dordrecht, 191-208.
Höffe, O. (1982), «Entscheidungstheoretische Denkfiguren und die Begründung von Recht», en Id., *Argumentation und Recht,* F. Steiner, Wiesbaden.
Iturralde, V. (1987), «Elementos semántico-sintácticos de interminación de los enunciados normativos en el lenguaje legal»: *Theoria 7-9,* 157-190.
Iturralde, V. (1989), *Lenguaje legal y sistema jurídico: cuestiones relativas a la aplicación de la ley,* San Sebastián.
Jeffrey, R. C. 2(1985), *The logic of decision,* University of Chicago Press, Chicago.
Jori, M. (1985), *Saggi di metagiurisprudenza,* Giuffrè, Milano.
Kaufmann, A. (1984), *Beiträge zur juristischen Hermeneutik,* München.
Kelsen, H. (1934), «Zur Theorie der Interpretation»: *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts 8,* 9-17.
Kelsen, H. ([2]1960), *Reine Rechtslhere,* Deuticke, Wien.
Kelsen, H. (1979), *Allgemeine Theorie der Normen,* Manzsche Verlags-und Universitätsbuchhandlung, Wien.
Kerchove, M. van de (1988), «Le sens clair d'un texte: argument de raison ou d'autorité?», en P. Vasart (ed.), *Arguments d'autorité et arguments de raison en droit,* Bruxelles.

Klami, H. T. (1990), «Non-professional judicial reasoning»: *Rivista internazionale di filosofia del diritto* 67, 93-114.
Krawietz, W. y Alexy, R. (1983) (eds.), *Metatheorie juristischer Argumentation*, Berlin.
Krawietz, W. (1984), *Juristische Entscheidung und wissenschaftliche Erkenntnis*, Wien-New York.
Kriele, M. (²1976), *Theorie der Rechtsgewinnung*, Duncker & Humblot, Berlin.
Kriele, M. (1988), «Gesetzestreue und Gerechtichkeit in der richterlichen Rechtsfindung», en Id., *Festschrift der Rechtswissenchaftlichen Fakultät*, Köln.
Laclau, M. (1990), «El problema filosófico de la interpretación en la actualidad»: *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* 9, 9-40.
Larenz, K. (³1975), *Methodenlehre der Rechtswissenchaft*, Springer, München.
Larralde, J. (1989), «Metodología jurídica: posiciones sobre interpretación de la ley y la cuestión de la latitud judicial», en Id., *Temas de Filosofía del Derecho*, Montevideo.
Lazzaro, G. (1965), *L'interpretazione sistematica delle legge*, Giappichelli, Torino.
Lazzaro, G.(1979), *Argomenti dei Giudici: il linguaggio comune*, Giappichelli, Torino.
Levi, E. H. (1948), *An introduction to legal reasoning*, University of Chicago Press, Chicago.
Llewellyn, K. N. (1962), *Jurisprudence: realism in theory and practice*, University of Chicago Press, Chicago.
Lombardi Vallauri, L. (1975), *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano.
Losano, M. G. (1968), «Il problema de l'interpretazione in H. Kelsen»: *Rivista internazionale di filosofia del diritto* 3-4, 528 ss.
Losano, M. G. (1981), «L'interpretazione, ovvero come descrivere una prescrizione», en Id., *Forma e realtà in Kelsen*, Communità, Milano.
Luzzati, C. (1990), *La vaghezza delle norme: un'analisi del linguaggio giuridico*, Giuffrè, Milano.
MacCormick, N. (1978), *Legal reasoning and legal theory*, Oxford University Press, Oxford.
MacCormick, N. (1988), «On the interpretation and understanding of case law», in S. Panou *et al.* (eds.), *Theory and systems of legal philosophy*, Franz Steiner, Stuttgart.
MacCormick, N. y Bankowski, Z. (1989), «Some principles of statutory interpretation», en R. Summers (ed.), *Legal reasoning and statutory interpretation*, Arnhem, 41-53.
MacCormick, N. y Summers, R. S. (eds.) (1991), *Interpreting statutes*, Darmouth, Aldershot.
Maggiore, G. (1926), «La dottrina del metodo giuridico e la sua revisione critica»: *Rivista internazionale di filosofia del diritto* III, 375 ss.
Marí, E. E. (1991), «La interpretación de la ley: análisis histórico de la escuela exegética y su nexo con el proceso codificatorio de la modernidad», en C. Cárcova (ed.), *Materiales para una teoría crítica del derecho*, Buenos Aires, 233-294.
Marmor, A. (1992), *Interpretation and legal theory*, Clarendon, Oxford.

Maximiliano, C. (1984), *Hermenêutica e aplicação do direito,* Forense, Rio de Janeiro.
Maxwell, P. B. ([11]1962), *The interpretation of statutes,* Sweet & Maxwell, London.
Michaut, F. (1988), «Interprétation authentique, interprétation subjective et science du droit», en S. Panou (ed.), *Theory and systems of legal philosophy,* Franz Steiner, Stuttgart.
Miró Quesada, F. (1986), *Ensayos de filosofía del derecho,* Universidad de Lima, Lima.
Mitchell, W. J. T. (ed.) (1983), *The politics of interpretatio,* University of Chicągo Press, Chicago.
Moreso, J. J. (1990), «La teoria del dret de H. L. A. Hart: Herbert versus Hercules»: *Working Papers del Institut de Ciències politiques i socials 14,* 3-36.
Nerhot, P. (ed.) (1990), *Law, interpretation and reality: essays in epistemology, hermeneutics and jurisprudence,* Kluwer, Dordrecht.
Nerhot, P. (ed.) (1991), *Legal knowledge and analogy: fragments of legal epistemology, hermeneutics and linguistics,* Kluwer, Dordrecht.
Nieto Arteta, L. E. (1971), *La interpretación de las normas jurídicas,* Universidad Nacional de Colombia, Bogotá.
Ollero, A. (1982), *Interpretación del derecho y positivismo legalista,* Edersa, Madrid.
Ost, F. (1978), «L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur», en M. van de Kerchove (ed.), *L'interprétation en droit: approche pluridisciplinaire,* Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles.
Ost, F. y Kerchove, M. van de (1989), *Entre la lettre et l'esprit: les directives d'interprétation en droit,* Bruyland, Bruxelles.
Ost, F. y Kerchove, M. van de (1990), «Interprétation»: *Archives de Philosophie du Droit: Vocabulaire fondamental du droit,* Sirey, Paris.
Peczenik, A. y Uusitalo, J. (eds.) (1979), *Reasoning on legal reasoning,* Helsinki.
Peczenik, A. (1983), *Grundlagen der juristischen Argumentation,* Wien-New York.
Peczenik, A. (1983), *The basis of legal justification,* Lund.
Peczenik, A. y Wróblewski, J. (1985), «Fuzziness and transformation: towards explaining legal reasoning»: *Theoria 51,* 24-44, Estocolmo.
Perelman, Ch. y Olbrechts-Tyteca, L. (1958), *Traité de l'argumentation,* Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles.
Posner, R. A. (1986), «Legal formalism, legal realism and the interpretation of statutes and the constitution»: *Western Reserve University Law Review 37,* 179-217.
Posner, R. A. (1990), *The problems of jurisprudence,* Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts.
Pound, R. (1959), *Jurisprudence,* West, New York.
Prieto Sanchís, L. (1987), *Ideología e interpretación jurídica,* Tecnos, Madrid.
Radín, M. (1929), «Statuory interpretation»: *Harward Law Review 43,* 863 ss.
Raz, J. (1975), *Practical reason and norms,* Hutchinson, London.
Raz, J. (1979), *The authority of law,* Clarendon, London.

Recaséns Siches, L. (1956), *Nueva filosofía de la interpretación del derecho,* Fondo de Cultura Económica, México.
Rescher, N. ((1966), «Semantic foundations for the logic of preference», en N. Rescher (ed.), *The logic of decision and action,* University of Pittsburgh Press.
Ross, A. (1946), *Towards a realistic jurisprudence,* Copenhaguen.
Ross. A. (1953), *Om ret og retfaerdighed,* NYT Nordisk Forlag, Copenhaguen.
Ruiz Miguel, A. (1984), «La creación juridicial del derecho desde la teoría del ordenamiento jurídico»: *Anuario de Filosofía del Derecho I,* 10 ss.
Saavedra, M. (1978), «Interpretación jurídica y uso alternativo del derecho», en N. López Calera *et al., Sobre el uso alternativo del derecho,* Fernando Torres, Valencia.
Saavedra, M. (1988), «Poder judicial, interpretación jurídica y criterios de legitimidad»: *Anuario de Derecho Público y Estudios Políticos 1,* 36-61.
Sacco, R. (1947), *Il concetto di interpretazione nel diritto,* Giappichelli, Torino.
Savigny, C. F. von (1840), *System des heutigen römischen Rechtes,* Veit, Berlin.
Scarpelli, U. (ed.) (1976), *Diritto e analisi del linguaggio,* Milano.
Schauer, F. (1991), *Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life,* Clarendon, Oxford.
Schreier, F. (1927), *Die Interpretation von der Gesetzen und Rechtsgeschäften,* Wien.
Schreier, F. (1929), *Die Lehere von der Rechtsinterpretation,* Wien.
Schreckenberger, W. (1978), *Rhetorische Semiotik: Analyse von Texten des Grundgesetzes und von rhetorischen Grundstrukturen der Argumentation des Bundesverfassungsgerichtes,* München.
Searle, J. (1979), «Literal meaning»: *Erkenntnis 13,* 207-224.
Shklar, J. N. (1964), *Legalism,* Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts.
Silveira, A. (1968), *Hermenêutica no direito brasileiro I/II,* Revista dos Tribunais, São Paulo.
Soler, S. (1962), *La interpretación de la ley,* Barcelona.
Soler, S. (1969), *Las palabras de la ley,* Fondo de Cultura Económica, México.
Stone, J. (1964), *Legal system and lawyers'reasoning,* Stevens & Sons, Boston.
Tamayo y Salmorán, R. (1989), «La lectura jurídica y la construcción de inferencias en derecho», en *Estudios en homenaje a J. Barrera Graf,* 1391-1402, México.
Tarello, G. (1980), *L'interpretazione delle legge,* Giuffrè, Milano.
Troper, M. (1975), «Il problema dell'interpretazione e la teoria della sovralegalità constituzionale», en P. Comanducci y R. Guastini, *L'analisi del ragionamiento giuridico II,* Giappichelli, Torino.
Troper, M. (1981), «Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique»: *Revue internationale de philosophie 35,* 518-529.
Troper, M. (1989), «L'interprétation de la déclaration des droits: l'exemple de l'article 16»: *Droit 8,* 11-122.
Troper, M. (1990), «Tre esercizi di interpretazione constituzionale», en P. Comanducci y R. Guastini, *Analisis e diritto 1990: ricerche di giurisprudenza analitica,* Giappichelli, Torino.
Twining, W. y Miers, D. ([3]1991), *How to do things with rules,* Weidenfeld and Nicolson, London.

Ulman-Margalit, E. (1983), «On presumption»: *Journal of Philosophy 80,* 143-163.
Vernengo, R. J. (1971), *La interpretación literal de la ley y sus problemas,* Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
Vernengo, R. J. (1989), «La interpretación lógica del derecho y formas de decisión»: *Anuario de Filosofía Jurídica y Social 9,* 195-220.
Vernengo, R. J. (1992), «Lógicas normativas y la reconstrucción del razonamiento jurídico»: *Theoria 16-18/VII,* 1115-1124.
Vernengo, R. (1993), *La interpretación jurídica,* Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México.
Viehweg, Th. (1991), *Tópica y filosofía del derecho,* Gedisa, Barcelona.
Vinogradoff, P. ([3]1959), *Common-sense in law,* Oxford University Press, Oxford.
Walter, R., (1983), «Das Auslegungsproblem im Lichte der Reinen Rechtslehre», en Id., *Festschrift für U. Klug,* Mainz.
Warat, L. (1979), *Mitos e teoria na interpretação da lei,* Sinteset, Porto Alegre.
Warat, L. y Russo, E. A., (1987), *Interpretación de la ley,* Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
Wasserstrom, R. A. (1961), *The Judicial decision: towards a theory of legal justification,* Stanford University Press.
Weinberger, O. (1983), «Logische Analyse als Basis der juristischen Argumentation», en W. Krawietz y R. Alexy (eds.), *Metatheorie juristischen Argumentation,* Dunker & Humblot, Berlin.
Weinberger, O. (1988), «The role of rules»: *Ratio Juris 3.*
Weinrib, E. J. (1988), «Legal formalism: on the immanent rationality of law»: *Yale Law Journal 97,* 949-1016.
Wright, G. von (1971), *Explanation and understanding,* Cornell University Press.
Wróblewski, J. (1983), *Meaning and truth in juridical decision,* A. Aarnio (ed.), Helsinki.
Wróblewski, J. (1985), *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica,* Civitas, Madrid.
Wróblewski, J. (1992), *The judicial application of law,* Z. Bankowski y N. MacCormick (eds.), Kluwer, Dordrecht.
Zaccaria, G. (1984), *Ermeneutica e giurisprudenza: i fondamenti filosofici nella teoria di H. Gadamer,* Giuffrè, Milano.
Ziembinsky, Z. (1967), «Analogia legis et interpretation extensive», en Id., *Logique Juridique,* Pedone, Paris.
Zuleta Puceiro, E. (1980), *Aspectos actuales de la interpretación,* Edenval, Santiago de Chile.

APLICACIÓN DEL DERECHO

Daniel Mendonça

I. INTRODUCCIÓN

Es común que los sistemas jurídicos contemporáneos contengan, además de normas que otorgan competencia jurisdiccional a determinados órganos, normas que imponen obligaciones relativas a la manera en que debe ser ejercido dicho poder jurisdiccional. En este sentido, me propongo revisar algunos aspectos del difundido principio según el cual los jueces deben resolver todos los casos planteados en la esfera de sus competencia por medio de resoluciones fundadas en derecho. En rigor, el principio en cuestión puede ser analizado como conteniendo tres deberes conexos (Alchourrón y Bulygin, 1974, 236-237):

1) *Deber de resolver los casos*: los jueces deben resolver todos los casos planteados en la esfera de su competencia o, lo que es lo mismo, los jueces no pueden excusarse de juzgar aquellas cuestiones para las cuales tienen competencia. Esta obligación genérica de juzgar abarca una serie de obligaciones específicas vinculadas con el proceso mismo y es relativa al ámbito de la competencia de los jueces involucrados.

2) *Deber de fundar los fallos*: las resoluciones de los jueces deben ser fundadas, lo que supone que los jueces deben dar razones que justifiquen las soluciones adoptadas, de manera que las resoluciones emitidas no pueden ser arbitrarias. Este deber de que las razones judiciales sean fundadas se traduce, por lo común, en la exigencia de que los fundamentos de las mismas aparezcan expresamente formuladas en ellas.

3) *Deber de aplicar el derecho*: las resoluciones judiciales deben fundarse en normas jurídicas, de manera que a los jueces no les está permitido evadirse del campo del derecho y recurrir a fuentes extrajurídicas, salvo disposición expresa del propio sistema que así lo autorice, en cuyo caso el fundamento final de la decisión reposará nuevamente, de alguna manera, en normas de derecho.

II. DEBER DE RESOLVER LOS CASOS

El derecho cumple la función básica de evitar y resolver conflictos de intereses entre individuos con el propósito de hacer posible la convivencia y la cooperación social. Para ello se establecen órganos encargados de indicar, mediante reglas generales, cuáles son las conductas que se consideran deseables, así como de resolver, en casos particulares, cuestiones suscitadas por la ausencia, deficiencia o desviación de tales reglas. En más de un sentido esta intervención de determinados funcionarios estatales se vuelve obligatoria: por un lado, los sujetos involucrados no pueden sustraerse a los procesos abiertos en sede judicial y, por otro, las decisiones recaídas en ellos son impuestas coercitivamente, en caso necesario, mediante la apelación a la fuerza pública. Por otro lado, se impone a los jueces el deber de no abstenerse de resolver los casos sometidos a su decisión, a fin de evitar que aquellos conflictos prolonguen sus efectos, actuales o potenciales, en el ámbito social.

1. *Dos tipos de procesos*

Está claro que la actividad jurisdiccional persigue diversos propósitos y, en tal sentido, parece conveniente distinguir al menos dos tipos de procesos, no necesariamente excluyentes: procesos declarativos y procesos normativos. Los primeros se hallan dirigidos a resolver problemas de clasificación acerca de si cierto caso individual pertenece o no a cierto caso genérico. Consiguientemente, cuestiones relativas a preguntas de la forma «¿pertenece el caso individual C al caso genérico G?», sólo pueden concluir con respuestas afirmativas o negativas como «el caso individual C pertenece al caso genérico G» o «el caso individual C no pertenece al caso genérico G». Éstos son, por ejemplo, los procesos en los que se discute la validez de contratos, la filiación de personas, la vocación hereditaria o la prescripción de obligaciones.

Los procesos normativos, en cambio, están dirigidos a resolver controversias acerca de la calificación normativa de determinadas acciones. En tales procesos se ventilan preguntas como «¿es obligatoria la acción A?», y, por consiguiente, las únicas respuestas adecuadas a ellas exigen formulaciones de normas por parte de los jueces que entienden en éstos. Es importante insistir en que las respuestas contenidas en los fallos que resuelven estas controversias consisten en normas y no en proposiciones normativas: los jueces no informan acerca de soluciones suministradas por el sistema jurídico de referencia para el caso particular, sino que expresan normas individuales que obligan, prohíben o permiten determinadas acciones derivadas de normas generales dictadas al respecto. Estos son, por ejemplo, los procesos en los cuales actor y demandado discuten acerca de si el segundo está obligado o no a ejecutar la acción pretendida por el primero o, análogamente, aquellos procesos penales en los que el acusador sostiene que el acusado ha ejecutado una acción que reputa de-

lictiva y solicita, consecuentemente, la aplicación de la pena correspondiente.

Es importante advertir que los procesos declarativos pueden ser contenciosos o voluntarios, a diferencia de los procesos normativos, que son siempre del primer tipo. Consiguientemente, en los primeros las partes actúan de común acuerdo o bien en el marco de una controversia, mientras que en los segundos actúan por lo común en el segundo contexto.

2. *Pretensiones y resoluciones*

El deber de resolver las controversias judiciales posee dos sentidos diferentes, según sea el tipo de proceso de que se trate. En cada uno de ellos, esa obligación genérica se traduce en obligaciones específicas variables en relación a hipótesis diversas.

1) *Sentencias declarativas.* En el caso de los procesos declarativos, si el actor pretende que se declare que un determinado caso individual pertenece a un determinado caso genérico y el juez considera que es así, debe hacer lugar a la demanda y formular la declaración pretendida en tal sentido; si llega a la conclusión contraria, en cambio, debe rechazar la demanda y formular la declaración inversa, esto es, que el caso individual no pertenece al caso genérico.

2) *Sentencias normativas.* Tratándose de sentencias normativas, es necesario distinguir diferentes situaciones a fin de determinar las relaciones existentes entre el carácter normativo de las conductas de los sujetos partes y de los jueces competentes en la aplicación del derecho. Esta cuestión ha sido tratada por los autores con suficiente rigor, aunque no siempre con resultados coincidentes en todas las hipótesis (Kelsen, 1960, 251-254; Alchourrón y Bulygin, 1974, 215-217).

a) *Conducta obligatoria.* Si la conducta del demandado sobre la que versa la cuestión sometida a la decisión del tribunal es obligatoria (el demandado tiene la obligación de llevarla a cabo), el juez tiene el deber de condenarlo a ejecutar dicha acción, haciendo lugar a la demanda.

b) *Conducta facultativa.* En cambio, si la conducta del demandado sobre la que versa la cuestión sometida a la decisión del tribunal es facultativa (está permitida su ejecución y su omisión) el juez debe rechazar la demanda, pues a aquél le está permitido abstenerse de hacer lo que el actor pretende que haga.

c) *Conducta prohibida.* La misma solución anterior debe darse para el caso de que la conducta del demandado sobre la que versa la cuestión esté prohibida, pues si el acto está prohibido, ello implica que su omisión está permitida y, por consiguiente, el juez debe rechazar la demanda, reconociendo el derecho del demandado de abstenerse de ejecutar la acción pretendida.

d) *Conducta no regulada.* Por último, si la cuestión sometida a la decisión del tribunal no se halla específicamente regulada por el sistema, es necesario determinar si dicho sistema posee o no una norma de clausura declarando permitidas todas las acciones no reguladas por él. Si existe una norma con tal característica, caeremos en la situación reflejada en el caso *b*), relativo a las conductas facultativas. En cambio, si el sistema carece de dicha norma de clausura y la conducta del demandado resulta indeterminada normativamente por el sistema, el juez no tiene obligación genérica de resolver (haciendo lugar a la demanda o rechazándola, alternativamente).

III. DEBER DE FUNDAR LOS FALLOS

También el deber de fundar los fallos judiciales adquiere sentidos diferentes según el tipo de cuestión de que se trate, de manera que dicha tarea se traduce en operaciones diferentes en procesos declarativos y procesos normativos. Consiguientemente, por las características propias de cada tipo de proceso, se hace necesario distinguir al menos dos modelos o conceptos distintos de justificación. En gran medida, sin embargo, la mayor parte de los autores no se plantea esta distinción y ofrece una noción de justificación que sólo permite dar cuenta de la operación requerida en los procesos normativos, obviando la existencia de procesos de otra índole.

1. *El modelo subsuntivo*

La justificación de los fallos judiciales en procesos declarativos supone, básicamente, resolución de problemas semánticos, dado que la principal dificultad consiste en identificar las propiedades designadas por las expresiones que figuran en los textos legales (Alchourrón-Bulygin, 1974, 211-212). En el ya reiterado caso propuesto por Dworkin (1985), por ejemplo, se trata de determinar el alcance de la expresión legal «los contratos sacrílegos son nulos» para resolver, ante un supuesto dado, si los contratos celebrados en domingo son sacrílegos y, por consiguiente, nulos. En la hipótesis, el juez debe, en concreto, determinar si es verdadera la proposición «el contrato celebrado entre A y B es sacrílego», lo que supone, en otras palabras, determinar si los contratos celebrados en domingo tienen la propiedad de ser sacrílegos, si la extensión del predicado «sacrílego» incluye la de «contratos celebrados en domingo».

Sobre esa base, para dar cuenta del problema, Alchourrón y Bulygin (1991, 308-309) han distinguido dos sentidos diferentes de la expresión «subsunción», y han acuñado la denominación de «subsunción individual» y «subsunción genérica» para cada uno de ellos. Por *subsunción individual* entienden el problema de la determinación de la verdad de ciertos enunciados individuales contingentes de la forma «Fa» (a es F),

donde «F» representa un predicado del lenguaje y «a» el nombre de un objeto individual. La resolución de este problema exige determinar si el objeto individual posee la propiedad designada por el predicado en cuestión. Por *subsunción genérica*, en cambio, entienden el problema de determinar la relación existente entre dos predicados, de modo que la discusión versa sobre un enunciado metalingüístico acerca de los predicados de la forma «F<G» (F está incluido en G). Importa tener presente que el enunciado universal «(x) (Fx -> Gx)» (para todo x, si x es F, entonces x es G) es analítico dado que su verdad está basada en el significado de los predicados involucrados «F» y «G». No debe perderse de vista que las reglas semánticas que determinan el significado de estos predicados son ya existentes (si existe un uso establecido) o bien deben ser estipuladas por el juez por vía de interpretación. Así Alchourrón y Bulygin han insistido en señalar que, en lo posible, los jueces deben emplear los términos jurídicos con los significados que ellos poseen en el lenguaje técnico o en el lenguaje natural y no atribuirles significados ajenos a los que le corresponden en esos contextos (Alchourrón-Bulygin, 1974, 212).

En el ejemplo ofrecido, simbolicemos sus elementos del siguiente modo: «S» representa «(es) sacrílego», y «N» representa «(es) nulo»; «D», «es celebrado en domingo»; «x» representa «cualquier contrato» y «a» representa «el contrato celebrado entre A y B». Sobre esa base, el razonamiento justificatorio tendría la siguiente forma:

(1) (x) (Sx -> Nx)
(2) (x) (Dx -> Sx)
(3) (x) (Dx -> Nx)
(4) Da -> Na
(5) Da
____
(6) Na

En el razonamiento, (1) representa la disposición legal según la cual todo contrato sacrílego es nulo; (2) representa el resultado de la estipulación parcial del significado del término «sacrílego», de manera que todo contrato celebrado en domingo es sacrílego; (3) es consecuencia lógica de (1) y (2), pues se sigue de ellas que todo contrato celebrado en domingo es nulo (por sacrílego); (4) representa la especificación universal en virtud de la cual se sustituye en la formulación dada en (3) la variable universal (todo contrato) por el individuo (el contrato a, en particular): si a es un contrato celebrado en domingo, entonces a es un contrato nulo; (5) representa una afirmación de hecho según la cual el contrato individual en cuestión ha sido celebrado en domingo; (6) representa la conclusión del razonamiento, en base a las premisas (1) a (5): el contrato a, en concreto, es un contrato nulo.

Es interesante advertir que en los razonamientos de este tipo parecen involucrados enunciados peculiares, vinculados a la función opera-

tiva (realizativa o performativa) del lenguaje (Austin, 1962). En particular, los enunciados (1) y (6) —premisa representativa de la disposición legal y conclusión, respectivamente— parecen asociados al uso operativo, esto es, al uso en virtud del cual se efectúa cierta calificación o constitución de determinados estados de cosas o entidades. El enunciado (1), más allá de su apariencia descriptiva, mejor podría ser concebido como un caso de enunciado operativo destinado a atribuir a ciertas entidades particulares (contrato sacrílegos) determinada propiedad (nulidad). De manera similar, el enunciado (6) contiene una calificación específica mediante la cual un contrato determinado es reputado nulo. De este modo, todo parece indicar que en procesos declarativos la función dominante es la operativa, a diferencia de lo que sucede en los procesos normativos, donde la función propia es directiva o prescriptiva.

Una fuente adicional de dificultades para la resolución de estos casos radica en la falta de información acerca de las circunstancias de hecho relevantes. En muchas ocasiones los jueces carecen de información acerca de ciertos datos que resultan necesarios para decidir sobre las cuestiones sometidas. En el caso propuesto, por ejemplo, es necesario determinar el día en que fue celebrado el contrato, puesto que todo depende de que haya sido celebrado en domingo. Si las partes discreparan a este respecto sería necesario someter a prueba la cuestión, recayendo sobre aquéllas la tarea de probar la verdad o la falsedad de la afirmación contenida en la premisa (5) del razonamiento, según la cual el contrato entre A y B ha sido celebrado en domingo. De este modo, además de dificultades semánticas, los jueces deben atender cuestiones fácticas para decidir en procesos declarativos.

Finalmente, cabe advertir que no debe pensarse que la operación de subsunción es exclusiva de este modelo, puesto que también es requerida en el modelo nomológico. En ese modelo, es necesario subsumir el caso individual en algún caso genérico, determinar la solución que el sistema asigna a tal caso genérico y, a partir de ella, derivar la solución para el caso individual. Por consiguiente, el problema de la subsunción reaparece en el modelo nomológico dentro de un esquema de justificación más complejo.

2. *El modelo nomológico*

En el ámbito de las ciencias empíricas se concibe una *explicación* como un razonamiento deductivo cuyas premisas son *leyes* universales (L1, L2,... Ln) y determinados enunciados singulares, denominados *condiciones iniciales* (C1, C2,... Cn), que expresan afirmaciones acerca de hechos concretos, y cuya conclusión es un enunciado (E), que describe el fenómeno que se pretende explicar. A tal conjunto de leyes y condiciones iniciales, que conforman las premisas del razonamiento, se denomina *explanans* (lo que explica), y a la conclusión *explanandum* (lo que debe ser explicado). Como figuran en las premisas leyes generales

(o enunciados nomológicos, como también se les denomina) que expresan ciertas regularidades, y como el *explanandum* se deduce del *explanans*, se afirma que configuran un modelo explicativo *nomológico-deductivo* (Hempel, 1965, 247-293). Se sigue de lo expuesto que toda explicación de este tipo responderá a la siguiente forma esquemática:

L1,	L2,	...	Ln	
C1,	C2,	...	Cn	*Explanans*
E				*Explanandum*

En el ámbito de las ciencias normativas la situación es, en cierto sentido, muy similar. En este contexto, sin embargo, se pretende *justificar* las acciones humanas y no explicarlas. Lo que interesa, en concreto es el *status* normativo de una acción determinada, de acuerdo con cierto sistema de normas. No se interroga, pues, por qué un sujeto determinado ejecutó cierta acción, sino por qué el sujeto en cuestión debe, no debe o puede ejecutarla, dado que lo primero supondría la pretensión de indicar los motivos que determinaron causalmente la conducta. De este modo, justificar normativamente la calificación deóntica de una acción mediante un sistema de normas consiste en mostrar que de dicho sistema se infiere la obligación, la prohibición o la permisión de la conducta de referencia (Alchourrón y Bulygin, 1974, 229).

En este contexto, *justificar* o *fundar* una decisión consiste en construir un razonamiento lógicamente válido, entre cuyas premisas figura una norma general y cuya conclusión es la decisión, de tal manera que el fundamento principal de la decisión es la norma general de la que aquélla es un caso de aplicación. Consiguientemente, entre el fundamento y la decisión existe una relación lógica, no causal, de modo que una decisión fundada es aquella que se deduce lógicamente de una norma general, en conjunción con proposiciones fácticas (descriptivas de hecho) y, eventualmente, analíticas (interpretativas).

Aquí, de nuevo, la sentencia es concebida como la totalidad conformada por los *considerandos* y la *resolución* o *parte dispositiva*, de modo tal que aquélla puede ser reconstruida como un razonamiento cuya *conclusión* es la resolución y cuyas *premisas* se encuentran en los considerandos. Cabe acotar que no todos los elementos que aparecen en los considerandos constituyen premisas necesarias del razonamiento para la obtención de la conclusión. Al menos dos tipos de elementos son necesarios para la pretendida inferencia: *normas generales,* que constituyan el fundamento normativo de la resolución, y *proposiciones* (enunciados descriptivos) relativos a los hechos del caso debidamente probados; la resolución derivada consiste, sobre esta base, en una *norma individual.* En no pocas ocasiones, según lo he anticipado, se hace necesario incluir *definiciones* en las premisas, es decir, enunciados que determinan el significado de una expresión o la extensión de un con-

cepto (Bulygin, 1966 y 1995). De esta manera el esquema más simple de la estructura lógica de una sentencia sería el siguiente:

N1, N2, ... Nn
P1, P2, ... PN
____
R

Ejemplifico. Supongamos la existencia de una norma en virtud de la cual (1) todo contrato válido debe ser cumplido por las partes en el plazo estipulado; supongamos, además, que son verdaderas las siguientes proposiciones: (2) A y B han celebrado el contrato C; (3) C es válido; (4) P es el plazo estipulado para el cumplimiento de C. Con tales premisas, es posible inferir válidamente la siguiente conclusión: (5) C debe ser cumplido por A y B en P. Es interesante advertir que los elementos (1) y (5) del razonamiento son normas de deber —donde (1) posee carácter general, a diferencia de (5), que posee carácter individual, pues alude a sujetos determinados— mientras que los elementos (2), (3) y (4) configuran el conjunto de proposiciones relativas a los hechos concretos del caso. Los elementos (1) a (4) constituyen las premisas del razonamiento y determinan los *considerandos* del fallo sobre la base de los cuales se dispone o *resuelve* (5).

Resulta importante no perder de vista que, en el ámbito jurisdiccional, el procedimiento destinado a determinar el valor de verdad de las proposiciones acerca de los hechos sufre restricciones importantes, en cuanto al tipo y la cantidad de pruebas admisibles, así como el plazo en que dichas pruebas deben producirse. El propio sistema establece esas limitaciones y fija las condiciones en las cuales los jueces están autorizados a decidir si una afirmación determinada se halla probada o no. El mismo sistema, además, fija los límites dentro de los cuales es posible discutir la verdad de tales proposiciones en el proceso. Es obvio, sin embargo, que el carácter final de ciertas decisiones judiciales de ningún modo supone infalibilidad y mucho menos convierte en verdaderas proposiciones falsas (Hart, 1961, 138-144; Alchourrón y Bulygin, 1991, 311-313).

Sobre toda esta base, se ha detectado una marcada analogía estructural entre la explicación y la justificación, dado que en ambos casos se trata de mostrar que un cierto enunciado (proposicional o normativo) es deducible de un sistema (teórico o normativo) que contiene esencialmente enunciados generales (proposicionales o normativos) y ciertos enunciados descriptivos de las condiciones iniciales o del caso, respectivamente. De igual manera, también existe una similitud importante desde el punto de vista funcional: así como la explicación puede perseguir los propósitos de explicar y predecir fenómenos pasados o futuros, respectivamente, la justificación puede efectuarse con la finalidad de guiar acciones futuras o de justificar (en un sentido más restringido)

acciones pasadas. Ambas operaciones poseen la misma estructura lógica y responden a idéntica finalidad: proceder racionalmente en la explicación y justificación de las creencias y acciones (Alchourrón y Bulygin, 1974, 230).

3. *Justificación interna y externa*

De acuerdo con una distinción difundida, es conveniente considerar dos nociones de *justificación* en contextos normativos, una centrada en la conclusión de una inferencia y otra en las premisas de dicha inferencia. En el primer sentido, denominado «justificación interna», ésta consiste en una relación deductiva entre las premisas y la conclusión de un razonamiento; en el segundo sentido, denominado «justificación externa», en cambio, la justificación requiere no sólo la existencia de tal relación deductiva, sino además el empleo de determinadas premisas calificadas (adecuadas, justas o correctas). Consiguientemente, ambos sentidos difieren sustancialmente en un aspecto: la justificación interna es ajena a la corrección material del razonamiento, mientras que la justificación externa es dependiente de ella.

En los razonamientos teóricos, las nociones de verdad y validez guardan una relación especial, dado que un razonamiento puede ser válido y contener exclusivamente proposiciones falsas: el razonamiento es válido porque *si* sus premisas fueran verdaderas, su conclusión también tendría que ser verdadera, aun cuando de hecho sean todas falsas. Hay razonamientos válidos con conclusiones falsas, así como razonamientos inválidos con conclusiones verdaderas. Consiguientemente, la verdad o falsedad de la conclusión no determina la validez o invalidez de un razonamiento. La validez de un razonamiento tampoco garantiza la verdad de su conclusión. Por tal razón, para referirse a un razonamiento válido cuyas premisas son todas verdaderas y, por consiguiente, su conclusión es necesariamente verdadera, se ha acuñado la denominación de razonamiento *sólido* (Copi, 1984, 35).

Sobre esta base, así como en un razonamiento teórico la validez del mismo no supone la verdad de las premisas, en un razonamiento práctico (razonamiento que conduce a la justificación de una acción o decisión) su validez no supone corrección, bondad o justicia de sus premisas. Y, como en el caso de los razonamientos teóricos sólidos, es posible concebir razonamientos prácticos sólidos, cuya estructura o forma lógica garantice que de las premisas buenas, justas o correctas (moralmente) se obtendrá necesariamente una conclusión buena, justa o correcta. En pocas palabras, pues, la justificación interna se sustenta en razonamientos válidos y la justificación externa en razonamientos sólidos, donde por «razonamiento sólido» debe entenderse razonamiento basado en premisas moralmente correctas y con conclusión de igual carácter.

Una manera esquemática de presentar estas dos concepciones de la justificación sería la siguiente:

1) *Justificación interna.* La decisión D está justificada, en relación a un conjunto de premisas C si, y sólo si, se deduce lógicamente de C.

Ésta es la concepción defendida por Alchourrón y Bulygin, para quienes «el razonamiento jurídico que pretende mostrar que una decisión o una pretensión están justificadas de acuerdo al derecho vigente es esencialmente deductivo o, por lo menos, puede ser reconstruido como una inferencia lógica en la que, sobre la base de dos tipos de premisas, normativas y fácticas, se llega a una conclusión que afirma que ciertas consecuencias jurídicas son aplicables a un caso particular» (Alchourrón y Bulygin, 1991, 303; en el mismo sentido, Bulygin, 1995, 25). Lo relevante de la explicación resulta que, al recurrir a normas jurídicas como elementos justificatorios, no se pretende que ellas sean moralmente adecuadas y que, por consiguiente, la decisión sea axiológicamente correcta. Todo lo que se pretende es que, una vez identificadas las normas jurídicas y descritos los hechos particulares del caso, la decisión se halle justificada en relación con esas premisas (Moreso, Navarro y Redondo, 1992, 257).

De acuerdo con esta concepción, como justificar una decisión significa subsumirla en un sistema normativo, existen tantas justificaciones como sistemas haya. De este modo, resulta perfectamente admisible una justificación jurídica que no presuponga recurso a principios valorativos, sino exclusivamente a normas jurídicas. En este contexto, asignar a las normas jurídicas el carácter de premisas justificatorias no supone que ellas sean moralmente aceptables y, menos aún, que sean las únicas moralmente aceptables.

2) *Justificación externa.* La decisión D está justificada si, y sólo si, se deduce lógicamente del conjunto de premisas C, axiológicamente correcto.

De acuerdo con esta concepción, la premisa principal de un razonamiento justificatorio es, necesariamente, una norma o principio moral y, por consiguiente, la justificación de decisiones judiciales implica el empleo de estándares de este tipo. Por tal motivo, si la justificación de decisiones requiere invariablemente pautas morales, la exigencia de justificar en derecho una decisión judicial resulta imposible de satisfacer (Nino, 1989, 30, 115; 1985, 64-65). Nino ha defendido enfáticamente esta concepción de la justificación al sostener que «no hay una justificación jurídica de actos y decisiones que sea independiente de consideraciones de índole moral. La justificación jurídica es una especie de justificación moral que se distingue por tomar en cuenta (como datos fácticos relevantes) la vigencia de ciertas normas» (Nino, 1985, 63).

Conforme a esta concepción, es necesaria una única respuesta a la pregunta acerca de la decisión adecuada. Se sigue de ella, por consiguiente, que inevitablemente debe negarse un pluralismo axiológico, puesto que, de lo contrario, quedaría abierta la posibilidad de múltiples marcos justificatorios igualmente plausibles para una decisión cualquiera. El problema radicaría, entonces, en identificar el marco correcto que

justifique *la* respuesta correcta. Esta dificultad, por cierto, no parece fácilmente superable, dada la ausencia de un método intersubjetivamente válido, generalmente aceptado, para resolver los problemas valorativos.

IV. DEBER DE APLICAR EL DERECHO

Satisfacer la exigencia de que las decisiones judiciales se hallen fundadas en derecho supone la ejecución de una serie de operaciones dirigidas a determinar cuáles son las normas del sistema jurídico en cuestión que deben ser utilizadas en la justificación de cada Caso. Es necesario, ante todo, determinar la composición del sistema de referencia mediante ciertos criterios, para luego seleccionar, mediante criterios adicionales, aquellas normas del sistema que resultan aplicables al caso individual. De este modo, hay en juego dos tipos de criterios que hacen posible satisfacer la exigencia de fundar las decisiones en derecho: criterios de pertenencia de las normas al sistema y criterios de selección de las normas aplicables al caso concreto.

1. *Criterios de pertenencia*

Según lo dicho, la cuestión relativa a cuándo una norma forma parte de cierto sistema jurídico reclama la formulación de un criterio, o conjunto de criterios, de pertenencia de normas a sistemas. En este sentido, existen al menos tres concepciones del derecho basadas en criterios de identificación significativamente diferentes. A falta de mejor denominación las llamaré «formalista», «realista» y «naturalista», respectivamente. En versión simplificada podrían presentarse como sigue.

1) *Concepción formalista*. Pertenecen al sistema jurídico S las normas dictadas por las autoridades competentes instituidas por S y las que se derivan lógicamente de ellas.

Esta concepción se aproxima a la caracterización propuesta por Alchourrón y Bulygin, pues centra la identificación del derecho en dos criterios centrales: el de la legalidad, para las normas expresamente promulgadas por autoridades competentes, y el de deducibilidad, para las normas derivadas lógicamente de las primeras (Alchourrón y Bulygin, 1974, 1979 y 1991). Sobre esta base Alchourrón y Bulygin han concebido los sistemas normativos como sistemas de enunciados entre cuyas consecuencias lógicas hay al menos una norma, es decir, un enunciado que correlaciona un caso con una solución normativa. Y de acuerdo con la definición de «sistema», éste constituye un conjunto de enunciados que comprende todas sus consecuencias lógicas. De este modo, los sistemas normativos, y como subclases de ellos los sistemas jurídicos, son concebidos como sistemas deductivos.

2) *Concepción realista.* Pertenecen al sistema jurídico S las normas reconocidas por los órganos judiciales instituidos por S y las que serían probablemente reconocidas por ellos, si la ocasión se presentara, para resolver los casos sometidos a decisión.

De acuerdo con esta propuesta, para definir la pertenencia de una norma particular a un sistema concreto se exige su reconocimiento efectivo o potencial por parte de determinados órganos estatales, los órganos encargados de su aplicación en casos específicos. La identificación de las normas del sistema depende, pues, en definitiva, de ciertas prácticas judiciales, actuales o eventuales. En buena medida, esta concepción refleja las sugerencias de Ross, en el sentido de reconstruir el concepto de derecho a partir del de vigencia (Ross, 1958). También Raz ha insistido en que es el reconocimiento por parte de órganos primarios (órganos de aplicación) lo que parece ser decisivo para afirmar que cierta norma pertenece a un sistema determinado (Raz, 1970 y 1975).

3) *Concepción naturalista.* Pertenecen al sistema jurídico S las normas reconocidas por los órganos judiciales instituidos por S y las normas que, de acuerdo con determinados principios morales, aquéllos deben aplicar para resolver los casos sometidos a decisión.

Una concepción similar a la anterior ha sido propuesta, en particular, por Dworkin (1977). Conforme a ella, el sistema jurídico contiene las normas que resultan, de hecho, reconocidas por los jueces, y aquellas normas que, basadas en estándares morales, deben ser tenidas en cuenta al resolver las controversias pendientes de decisión. Estas últimas normas pertenecen al sistema no por su origen o por su admisión por parte de ciertas autoridades, sino por su contenido, reputado justo o correcto. Dworkin sostiene que los jueces no pueden justificar sus juicios de que deben aplicar cierta norma en un caso dado sólo en el hecho de que existe cierta práctica social de reconocimiento de dicha norma, puesto que, en su opinión, para justificar ese tipo de juicios, los jueces deben recurrir a juicios valorativos que determinen la corrección de la práctica en cuestión.

Pero más allá de las discrepancias teóricas, en la práctica jurídica parece aceptarse en forma extendida un criterio de identificación de acuerdo con el cual una norma pertenece a un sistema si el acto de dictarla está autorizado por otra norma que pertenece al sistema en cuestión. En concreto: determinar si una norma N1, con un contenido C, dictada por una autoridad A, siguiendo un procedimiento P, pertenece a un sistema S, requiere indicar la pertenencia de una norma N2 que autoriza a A a dictar N1 en base al procedimiento P y con el contenido C y probar el dictado efectivo de N1 por parte de A en las condiciones apuntadas. Pero es obvio que los eslabones de la cadena así establecida no pueden ser infinitos, puesto que en algún lugar habremos de encontrarnos con una norma cuya pertenencia al sistema no podrá depender de que el acto de dictarla esté autorizado por otra norma, por la sencilla razón de que no existirá tal otra norma que autorice la emisión de la

norma en cuestión. Esta circunstancia exige criterios adicionales para tales normas, denominadas «soberanas» u «originarias», pero por razones de simplicidad obviaré en este estudio la cuestión (Wright, 1963, 204; Caracciolo, 1988, 70; Bulygin, 1991, 263).

2. *Aplicación y aplicabilidad de las normas*

Parece necesario distinguir con claridad dos conceptos centrales respecto del deber de aplicar las normas de derecho en la fundamentación de las resoluciones judiciales: los conceptos de *aplicación* y de *aplicabilidad*. Este par de nociones, sin embargo, no ha sido objeto de suficiente análisis por parte de los teóricos del derecho, salvo importantes excepciones (Ross, 1958; Bulygin, 1963 y 1982; Moreso y Navarro, 1995).

1) *Aplicación*. Una norma N es la aplicada por un juez J de un sistema S en un caso individual I, si, y sólo si, N es usada por J para la resolución de I.

En buena medida, ésta parece ser la idea defendida por Ross acerca de la noción de la aplicación, por cuanto que, según su propia explicación «[la] "aplicación" práctica [...] sólo puede significar que en las decisiones en que se dan por probados los hechos condicionantes de dicha regla, ésta forma parte esencial del razonamiento que funda la sentencia y que, por lo tanto, la regla en cuestión es uno de los factores decisivos que determinan la conclusión a que el tribunal arriba» (1958, 41). De acuerdo con una aclaración de Bulygin al respecto, es condición necesaria y suficiente de la aplicación de una norma que el juez base en ella su sentencia del caso, es decir, que justifique en ella su decisión del caso en cuestión (Bulygin, 1991, 347).

2) *Aplicabilidad*. Una norma N es aplicable por un juez J de un sistema S en un caso individual I si, y sólo si, se dan las condiciones previstas en S para la aplicación de N por J en la resolución de I.

De acuerdo con este concepto, para que una norma sea aplicable es necesario que se satisfagan las condiciones establecidas en el sistema para la aplicación de dicha norma; los mismos sistemas jurídicos contienen, por cierto, criterios más o menos claros que permiten determinar qué normas son aplicables en la resolución de los casos sometidos a sus órganos jurisdiccionales. Dicho de otra manera, la aplicabilidad de una norma depende de que estén reunidas las condiciones previstas para la aplicación de la norma al caso en cuestión. Tales condiciones pueden ser múltiples y diversas y variantes de un sistema a otro. Por lo común, esos criterios de aplicabilidad guardan relación con factores temporales, espaciales, personales y materiales y poseen un grado de generalidad importante.

Se sigue del anterior par de conceptos que es posible que una norma determinada resulte aplicada en un caso dado sin que tal norma sea aplicable a él. También se sigue que es posible que una norma determinada sea aplicable para la resolución de un caso dado sin que tal nor-

ma resulte aplicada o haya sido aplicada de hecho en la resolución de dicho caso. Esto significa, básicamente, que no siempre los jueces aplican efectivamente las normas aplicables, es decir, que no siempre justifican sus decisiones con las norma que, de acuerdo con los criterios establecidos en el sistema, justificarían válidamente esas decisiones. Estas circunstancias (los jueces aplican normas inaplicables y no aplican normas aplicables) dan lugar a la revisión de los fallos así emitidos ante tribunales superiores por vía de recursos previstos al efecto (apelación, nulidad, casación). En esos casos, se discute la legalidad de las decisiones judiciales, es decir, su adecuación respecto del sistema jurídico. Si los tribunales de alzada consideran que los fallos no se hallan ajustados a derecho, los impugnan y, por lo general, corrigen los fallos o disponen que los casos sean nuevamente resueltos.

Cabe advertir, finalmente, que el deber de resolver los casos sometidos a la decisión sobre la base de las normas del sistema se vuelve de cumplimiento imposible para los jueces en el supuesto de que el sistema no contenga norma alguna aplicable al caso en cuestión. Esto es lo que sucede en caso de laguna legal, concebida como aquella circunstancia en que el sistema jurídico carece, respecto de cierto caso, de toda solución normativa. Como, por hipótesis, el caso genérico carece de solución correlacionada con él, el caso individual no puede ser resuelto según las previsiones del sistema a su respecto. Resulta evidente, pues, que si el sistema nada dice acerca del caso sometido, el juez no puede cumplir con su obligación de fundar su decisión en ese sistema, cualquiera que sea la decisión que adopte. A lo sumo, lo que puede hacer el juez es modificar el sistema, agregando una solución para el caso genérico, y luego fundar su decisión en el sistema modificado. Esta operación exige, sin embargo, una autorización expresa dirigida al juez, en el sentido de concederle la atribución de integrar el sistema en caso de laguna. Si dicha atribución le fuera negada, necesariamente dejará de cumplir alguna obligación: si resuelve el caso individual sin solucionar previamente el caso genérico, su decisión no estará fundada en el sistema y, por consiguiente, violará el deber de resolver los casos conforme al derecho; si soluciona el caso genérico (lo que le está prohibido por hipótesis), modificará el sistema y ejecutará un acto prohibido; y si se abstiene de juzgar, violará el deber de resolver los casos sometidos a su decisión. De este modo, los tres deberes en juego (resolver, fundar y aplicar el derecho) resultarán incompatibles en caso de laguna y sólo resultarán coexistentes si el sistema es completo.

BIBLIOGRAFÍA

Alchourrón, C. y Bulygin, E. (1971), *Normative Systems,* Springer, Wien; v. e. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1974.

Alchourrón, C. y Bulygin, E. (1979), *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, Universidad de Carabobo, Valencia, Venezuela.

Alchourrón, C. y Bulygin, E. (1989), «Limits of Logic and Legal Reasoning», en A. A. Martino, *Logica, informatica e diritto*, Firenze; v. e. «Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico», en C. Alchourrón y E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

Alchourrón, C. y Bulygin, E. (1991), *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Austin, J. (1962), *How to do things with words*, Clarendon, Oxford; v. e. *Cómo hacer cosas con palabras*, G. Carrió y E. Rabossi (trads.), Paidós, Barcelona, 1988.

Bulygin, E. (1963), «El concepto de vigencia de Alf Ross»: *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*; también en C. Alchourrón y E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

Bulygin, E. (1966), «Sentencia judicial y creación del derecho»: *La Ley 124*; también en C. Alchourrón y E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

Bulygin, E. (1982), «Time and Validity», en A. Martino, *Deontic Logic, Computational Linguistics and Legal Information Systems*, NorthHolland, Amsterdam-New York-Oxford.

Bulygin, E. (1991), «Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos»: *Doxa 10*, 257-279.

Bulygin, E. (1995), «Cognition and interpretation of Law», en L. Gianformaggio y S. Paulson, *Cognition and Interpretation of Law*, Giappicelli, Torino.

Caracciolo, R. (1988), *El sistema jurídico. Problemas actuales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Carrió, G. (1986), «Sobre los jueces y su status normativo», en M. Laclau y D. Cracogna (comps.), *Teoría general del derecho. Sus problemas actuales. Estudios en homenaje a Julio C. Cueto Rúa*, Heliastra, Buenos Aires.

Celano, B. (1995), «Judicial Decision and Truth. Some Remarks», en L. Gianformaggio y S. Paulson, *Cognition and Interpretation of Law*, Giappichelli, Torino.

Copi, I. (1984), *Introducción a la lógica*, Eudeba, Buenos Aires.

Dworkin, R. (1982), «Natural Law Revisited»: *University of Florida Law Review XXXIV*; v. e. «¿Retorno al derecho natural?», S. Iñiguez (trad.), en J. Betegón y J. Páramo, *Derecho y moral. Ensayos analíticos*, Ariel, Barcelona, 1990.

Dworkin, R. (1984), *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London; v. e. *Los derechos en serio*, M. Guastavino (trad.), Ariel, Barcelona.

Dworkin, R. (1985), «Is there no rigth answer in hard cases?», en Id., *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge; v. e. «¿Realmente no hay respuesta correcta en los casos difíciles?», M. Narváez Mora (trad.), en P. Casanovas y J. J. Moreso (eds.), *El ámbito de lo jurídico*, Crítica, Barcelona, 1994.

Gianformaggio, L. y Paulson, S. (1995), *Cognition and Interpretation of Law*, Giapichelli, Torino.

Hart, H. L. A. (1961), *The concept of Law*, Clarendon, Oxford; v. e. *El concepto de derecho*, G. Carrió (trad.), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1977.

Hempel, C. (1965), *Aspects of scientific explanation and other essays in the philosophy of science,* New York, Free Press; v. e. *La explicación científica*, M. Frassineti *et al.* (trads.), Paidós, Barcelona, 1988.
Kelsen, H. (²1960), *Reine Rechtslehre,* Franz Deuticke, Wien; v. e. *Teoría pura del derecho,* R. Vernengo (trad.), UNAM, México, 1979.
Mazzarese, T. (1955), «Cognition and legal Decisions: Remarks on Bulygin's View», en L. Gianformaggio y S. Paulson, *Cognition and Interpretation of Law,* Giappichelli, Torino.
Moreso, J. J., y Navarro, P. (1995), «Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas», en *Actas del primer encuentro hispano-italiano,* Imperia (en prensa).
Moreso, J. J., Navarro, P. y Redondo, C. (1992), «Argumentación jurídica, lógica y decisión judicial»: *Doxa 11.*
Nino, C. S. (1985), *La validez del derecho*, Astrea, Buenos Aires.
Nino, C. S. (1985), *El constructivismo ético*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
Nino, C. S. (1994), *Derecho, Moral y Política,* Ariel, Barcelona.
Oppenheim, F. (1995), «The Judge as Legislator», en L. Gianformaggio y S. Paulson, *Cognition and Interpretation of Law*, Giappichelli, Torino.
Raz, J. (1970), *The Concept of a Legal System*, Clarendon, Oxford; v. e. *El concepto de sistema jurídico,* R. Tamayo y Salmorán (trad.), UNAM, México, 1986.
Raz, J. (1975), *Practical Reason and Norms*, Hutchinson, London.
Ross, A. (1958), *On Law and Justice,* Stevens, London; v. e. *Sobre el derecho y la justicia,* G. Carrió (trad.), Eudeba, Buenos Aires, 1963.
Vernengo. R., *Curso de teoría general del derecho,* Depalma, Buenos Aires.
Wright, G. H. von (1963), *Norm and Action. A Logical Inquiry,* Routledge & Kegan Paul, London; v. e. *Norma y acción. Una investigación lógica,* P. García Ferrero (trad.), Tecnos, Madrid, 1979.

V
CONCEPTOS JURÍDICOS

DEFINICIONES JURÍDICAS

Horacio Spector

Hay definiciones jurídicas en dos sentidos diferentes. Primero, las definiciones contenidas en un sistema jurídico. Segundo, las definiciones que establecen el significado de términos utilizados característicamente para formular proposiciones de derecho, como «derecho subjetivo», «posesión», «matrimonio», «letra de cambio», «responsabilidad» y «persona jurídica». Siguiendo un uso frecuente, llamaremos a las definiciones jurídicas en el primer sentido «definiciones legales», reservando la expresión «definición jurídica» para aludir a las definiciones jurídicas en el segundo sentido.

I. LAS DEFINICIONES LEGALES

En Alchourrón y Bulygin (1983) se encuentra el mejor análisis disponible de las definiciones legales. Según estos autores, hay dos tesis sobre las definiciones legales: la *tesis normativista* y la *tesis de la función identificadora*. Para la tesis normativista, las definiciones legales son normas que obligan a todos los que usan y aplican las normas jurídicas a usar esas definiciones, es decir, a entender las correspondientes expresiones en el sentido que el legislador les atribuye. Esto quiere decir que las definiciones legales son normas que prescriben cierta conducta lingüística.

Según la tesis de la función identificadora —que Alchourrón y Bulygin suscriben—, las definiciones legales sirven para identificar las normas en las que figuran los términos definidos. Normalmente, el legislador entiende los términos que figuran en las normas que emite de acuerdo con el uso común. Pero cuando decide apartarse de ese uso, puede incluir en la ley una definición que estipula el significado que asignará a determinada palabra. El papel de la definición es entonces identificar la norma que el legislador ha dictado.

Alchourrón y Bulygin sostienen que, con la excepción de los jueces, nadie tiene la obligación de utilizar las definiciones legales, por lo que la tesis normativista es falsa. Las definiciones legales determinan el alcance de las obligaciones contenidas en las normas jurídicas, pero no crean nuevas obligaciones.

II. LAS DEFINICIONES JURÍDICAS

La definición es el instrumento metodológico más importante del estudio del derecho en la tradición dogmática continental, siendo habitual que se la presente como la determinación de la «naturaleza jurídica» de una institución. Para lo que podríamos llamar la «concepción recibida», las definiciones jurídicas establecen las condiciones individualmente necesarias y conjuntamente suficientes para la aplicación correcta del término definido. Por regla general, en la fórmula definitoria (*definiens*) de una definición jurídica figuran términos jurídicos más generales que el concepto definido (*definiendum*). De esta manera, en la concepción recibida las definiciones jurídicas son del tipo por género y diferencia específica (*per genus et differentiam*).

1. *Origen histórico de la «concepción recibida»*

El origen de la idea de que la definición jurídica es por género y diferencia puede ubicarse en la antigua Roma, con la recepción de las ideas platónicas en la jurisprudencia romana, producida durante la República. En la jurisprudencia «dialéctica» (tal el nombre con que se la conoce), la definición por género y diferencia (*distinctio*) es considerada un primer paso para determinar los principios que rigen un ámbito determinado del derecho. El papel de la definición jurídica se afirmó durante el período conocido como «*Mos Italicus*», que coincide con el redescubrimiento del *Corpus Juris* y la influencia de la escuela de Bologna (desde el siglo XI hasta el siglo XVII). En una obra de Giambattista De Luca, de 1672, se encuentra la más antigua utilización de la expresión «naturaleza jurídica» (Le Pera, 1971).

2. *Las definiciones jurídicas como definiciones esencialistas*

Bulygin (1961) sostiene que las definiciones jurídicas como búsqueda de la naturaleza jurídica de una institución encuadran en las llamadas «definiciones esencialistas». Estas definiciones, cuyo origen teórico puede ubicarse en la teoría aristotélica de la definición, buscan descubrir o detectar la «esencia» o «naturaleza jurídica» de una institución jurídica. En la definición aristotélica esencialista, el término definido nombra una esencia y la fórmula definitoria es la descripción de esa esencia (Popper, 1981, 207).

Centrado en la cuestión de la naturaleza jurídica de la letra de cambio, Bulygin sostiene que no tiene sentido preguntarse por la esencia o la naturaleza de la obligación cambiaria.

La monografía de Bulygin se basa en Alf Ross (1963). Muchos conceptos jurídicos, como propiedad, cumplen la función técnica de transmitir en forma abreviada información sobre hechos condicionantes de normas jurídicas y sobre las consecuencias jurídicas asociadas a tales hechos. Bulygin señala que el contenido normativo de muchas instituciones, como el derecho de propiedad, tiene que ser expuesto a través de un sinnúmero de normas que establecen los hechos condicionantes y las consecuencias jurídicas:

H1 seq C1	H2 seq C1	H3 seq C1.	Hn seq C1
H1 seq C2	H2 seq C2	H3 seq C2.	Hn seq C2
H1 seq C3	H2 seq C3	H3 seq C3.	Hn seq C3

Sin embargo, el empleo de un término intermedio como «propiedad» (P) permite presentar el mismo contenido normativo de una manera abreviada. Todas las normas anteriores pueden ser presentadas, en efecto, por medio de dos normas condicionales, una de las cuales tiene una disyunción como antecedente y la otra una conjunción como consecuente:

(H1 vel H2 vel H3 vel ... Hn) seq P
P seq (C1 et C2 et C3 et ... Cn)

La tesis general defendida por Bulygin, siguiendo a Ross, es que los conceptos jurídicos son *términos intermedios sistemáticamente ambiguos*: no nombran nada sino que se utilizan como abreviaturas para exponer largas disyunciones de hechos condicionantes o largas conjunciones de consecuencias jurídicas.

En el caso de la naturaleza jurídica de la letra de cambio, Bulygin sostiene que los hechos condicionantes de la obligación cambiara, en el derecho comercial argentino (vigente en 1961), son los siguientes: 1) la firma del obligado, 2) ciertos requisitos formales que debe reunir un documento para ser considerado letra de cambio, y 3) el protesto. Una vez que se conocen los hechos condicionantes de la obligación cambiara (así como sus efectos jurídicos), no hay nada más por conocer (o definir). La búsqueda de la naturaleza jurídica de la letra de cambio, más allá de la determinación de los hechos condicionantes, es para Bulygin un pseudoproblema, basado en «la vieja creencia de que detrás de toda palabra debe haber un ente, creencia cuyos resultados han sido por demás perniciosos, tanto en la filosofía, como en la jurisprudencia» (Bulygin, 1961, 51).

El estudio de Pincione (1981) sobre el status cognoscitivo de las teorías generales del derecho arroja conclusiones emparentadas con las

de Bulygin. Aunque centrado especialmente en la definición de «derecho», dicho estudio podría ser aplicable a las definiciones de los conceptos jurídicos. Pincione admite que el análisis conceptual, entendido como tarea de afinamiento terminológico, ha desempeñado un papel importante en el progreso del debate filosófico en diversas áreas. Este papel ha consistido en: *a*) la detección del carácter meramente verbal de ciertas discusiones, con la consiguiente descalificación del asunto en debate como pseudoproblema, y/o *b*) el afinamiento de tesis vagas que compiten como soluciones tentativas de un problema genuino, con lo cual la evaluación de esas tesis puede llevarse a cabo con menos dificultades. Sin embargo, el tipo de análisis conceptual que busca determinar el significado «auténtico» de «derecho» (objetivo) no es interpretable en términos de *a*) o *b*), por lo cual parece plausible la sospecha de que las definiciones en cuestión son definiciones esencialistas.

3. *Las definiciones jurídicas en la interpretación analógica*

Le Pera sostiene que preguntarse por la fuente de la obligación cambiaria no es un pseudoproblema, aun conociendo todos los hechos condicionantes de dicha obligación. Dice: «Lo que quiere *saberse* es, fundamentalmente, si los hechos creadores de letras de cambio pertenecen o no a la clase de los contratos (convenciones) tal como éstos se encuentran definidos en la legislación» (Le Pera, 1971, 69; cursiva agregada). De la respuesta que se dé dependerá que las normas de los contratos se apliquen o no a la letra de cambio y esto, a su vez, tendrá influencia sobre la interpretación de las normas que fijan los hechos condicionantes. Así, sostiene Le Pera, no puede afirmarse, como hace Bulygin, que antes de determinar la naturaleza jurídica de la letra de cambio ya conocemos los hechos condicionantes de la obligación cambiaria y todo lo que puede saberse sobre la letra de cambio.

En la dogmática, afirma Le Pera, las definiciones jurídicas son instrumentos de la construcción jurídica. Cuando el jurista afirma que «por su naturaleza» la letra de cambio pertenece al género de los contratos, está diciendo que las lagunas existentes en las reglas que regulan la letra de cambio deberán ser colmadas aplicando por analogía las normas de los contratos. También está diciendo que la interpretación de las reglas de la letra de cambio deberá hacerse a la luz de las reglas de los contratos. La construcción jurídica dogmática tiende de esta manera a la confección de estructuras conceptuales topológicas organizadas por géneros y especies, con la pretensión de que las normas que gobiernan el instituto designado por un concepto también rijan todos los institutos designados por conceptos ubicados en niveles decrecientes de generalidad dentro de la misma estructura.

Nino (1980) también afirma que la determinación de la naturaleza jurídica tiene el propósito de situar cierto caso dentro de un determinado marco normativo legislado para otras situaciones. Sin embargo, a di-

ferencia de Le Pera, Nino no cree que «I tiene tal naturaleza jurídica» haga referencia a un hecho, o a algo que pueda «saberse». Por el contrario, para Nino la supuesta determinación de la naturaleza jurídica no es otra cosa que modificar el alcance de las normas jurídicas, con el argumento de que los casos que se quieren incluir dentro del alcance de esas normas tienen la misma «naturaleza» o «esencia» que los casos previstos originalmente por el legislador.

4. *La teoría de la revocabilidad de los conceptos jurídicos*

Hart (1948-1949) sugiere una concepción de las definiciones jurídicas, según la cual, éstas no pueden establecer las condiciones necesarias y suficientes de la aplicación del término definido porque los conceptos jurídicos son *revocables*. Hart explica la revocabilidad de los conceptos jurídicos analizando el término «contrato» en el derecho británico. Existe una lista de condiciones positivas que son necesarias para la existencia de un contrato válido (al menos dos partes, una oferta y la aceptación). Pero la afirmación de que hay un contrato válido puede ser revocada alegando defensas tales como los vicios de la voluntad del derecho continental. Así, las condiciones positivas son normalmente suficientes: podrían ser no suficientes si apareciera alguna de las causales de revocación. Por consiguiente, la definición jurídica tiene que indicar las condiciones necesarias y *normalmente* suficientes junto con cláusulas «a menos» que establezcan las condiciones en las cuales la aplicación del término definido queda revocada.

Es cierto que la definición de «contrato» podría amoldarse a la concepción recibida si entre las condiciones positivas se incluye la de que el contrato sea «voluntario». Pero replica Hart que esto no cambiaría la situación para nada porque «voluntario» meramente significa que no existen las causales de revocación apuntadas. Siguiendo a Hall (1959), puede decirse que «voluntario» es un *excluidor*, como «absoluto» o «bárbaro». Los excluidores tienen que ser definidos en forma negativa porque su función no es adscribir propiedades sino excluirlas. La tesis de Hart asevera entonces que las definiciones jurídicas no pueden ser por género y diferencia, porque los conceptos jurídicos siempre tienen una función excluidora. La incorporación de un «excluidor» en la fórmula definitoria sólo puede disfrazar esa función o, en el mejor de los casos, servir de referencia abreviada a las circunstancias revocadoras.

Como señala Baker (1979), la tesis de Hart presupone que debe darse un tratamiento diferente a las condiciones definitorias positivas y negativas, así como que es posible distinguir entre tales condiciones. De hecho, una definición jurídica podría establecer las condiciones suficientes de aplicación de un concepto jurídico si se incluyera entre las condiciones definitorias la negación de la disyunción de las causales de revocación. Hart dice que esto tendría el efecto de exigir a quien alega que

hay contrato probar que no se da *ninguna* de las circunstancias revocadoras, cuando en realidad es aquel que niega que hay contrato el que debe probar que se da *alguna* de las circunstancias revocadoras. Pero, como bien sostiene Baker, ésta es una cuestión de derecho procesal y no semántica.

5. *El carácter contextualista de las definiciones jurídicas*

En Hart (1962) se sostiene que «la definición de expresiones como "derecho subjetivo", "deber" y "persona jurídica" resulta frustrada por la ausencia de alguna contrapartida que "corresponda" a esas palabras». Estos términos no pueden ser definidos por género y diferencia sino de manera contextualista. Es menester tomar una oración en la que el término a definir desempeña su papel característico y explicarlo, primero, especificando las condiciones en las cuales la oración es verdadera y, segundo, mostrando cómo se usa al extraer una conclusión de las normas jurídicas en un caso particular. En lugar de intentar responder la pregunta «¿qué es un derecho?», deberíamos explicar cómo se usa el esquema de oración «X tiene un derecho».

El análisis de los términos jurídicos como herramientas para exponer «taquigráficamente» los hechos condicionantes y las consecuencias jurídicas de un conjunto de normas, presente en autores como Ross y Bulygin, puede ser considerado a mi juicio una aplicación del método contextualista. En efecto, en ese análisis no se define por genero y diferencia «derecho de propiedad», sino que se especifica bajo qué condiciones es verdadero el esquema de oración «X tiene un derecho de propiedad». Estas condiciones incluyen, disyuntivamente, los hechos condicionantes de las normas sobre el derecho de propiedad (o, conjuntamente, las consecuencias jurídicas previstas en tales normas). Sin embargo, el método contextualista tiene la virtud de admitir todo tipo de condiciones de verdad de las oraciones jurídicas, y no exclusivamente hechos condicionantes y consecuencias jurídicas. El análisis de Ross y Bulygin es demasiado restrictivo; por ejemplo, no admite que entre las condiciones de verdad del enunciado «X tiene un derecho de propiedad» figure la existencia de un sistema jurídico.

III. CONCLUSIONES: DEFINICIONES INFORMATIVAS Y NORMAS ENCUBIERTAS

Las definiciones jurídicas pueden ser *definiciones informativas*; ello ocurre cuando pretenden informar sobre el significado que tiene un término jurídico. Las definiciones jurídicas informativas son contextualistas en el sentido de Hart. Como ejemplo de estas definiciones, puede citarse la elucidación de Ross del concepto de derecho de propiedad.

Sin embargo, las definiciones jurídicas informativas no abundan en la dogmática jurídica. Usualmente, las definiciones jurídicas son instrumentos del *cambio del sistema jurídico*. Cuando el jurista afirma que la letra de cambio es un contrato, no está ofreciendo una definición informativa de «letra de cambio». Lo que hace es cambiar encubiertamente las normas del sistema: deroga las normas de los contratos tal como están formuladas y recomienda nuevas normas que conservan las mismas consecuencias jurídicas, pero que incluyen entre los hechos condicionantes —además de los previstos en las normas derogadas— aquellos que dan lugar a la obligación cambiaria. Su conducta puede ser descrita alternativamente diciendo que no deroga las normas de los contratos, sino que recomienda normas sobre la letra de cambio adicionales que tienen las mismas consecuencias jurídicas que las normas sobre los contratos. En estos casos, la «definición» jurídica no es una verdadera definición, sino la formulación de una norma jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

Alchourrón, C. E. y Bulygin, E. (1983), «Definiciones y normas», en E. Bulygin *et al.* (eds.), *El Lenguaje del Derecho. Homenaje a Genaro R. Carrió*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

Baker, G. P. (1979), «Defeasibility and Meaning», en P. M. S. Hacker y J. Raz (eds.), *Law, Morality, and Society*, Clarendon, Oxford.

Bulygin, E. (1961), *Naturaleza jurídica de la letra de cambio*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

Hall, R. (1959), «Excluders»: *Analysis 20.*

Hart, H. L. A. (1948-1949), «The Ascription of Responsibility and Rights»: *Proceedings of the Aristotelian Society 49.*

Hart, H. L. A. (1962), «Definición y teoría en la ciencia jurídica», en Id., *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, Depalma, Buenos Aires.

Le Pera, S. (1971), *La «naturaleza jurídica»*, Pannedille, Buenos Aires.

Nino, C. S. (1980), *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires.

Pincione, G. M. (1981), «Sobre el "status" cognoscitivo de las teorías generales del Derecho»: *Anuario de filosofía jurídica y social 1.*

Popper, K. R. (1981), *La sociedad abierta y sus enemigos*, Paidós, Barcelona-Buenos Aires.

Ross, A. (1963), *Sobre el derecho y la justicia*, Eudeba, Buenos Aires.

EL SUJETO DEL DERECHO

Rolando Tamayo y Salmorán

I. INTRODUCCIÓN

1. Preliminaria

Este trabajo está lejos de ser una explicación completa del problema del sujeto del derecho; constituye, más bien, una exposición fragmentaria de sus temas más importantes. El trabajo se divide en siete partes cuyos epígrafes explicitan suficientemente su contenido. En la introducción se señalan los usos de «sujeto» más relevantes para este ensayo. La segunda parte explica el concepto de persona tal y como ha operado en la dogmática jurídica desde su formulación paradigmática en la jurisprudencia romana, toda vez que las personas jurídicas son los únicos «sujetos» (entidades o protagonistas) en el mundo del derecho. Y es, precisamente, el concepto de persona jurídica el que se convertirá en *definiens* o sinónimo de «sujeto» cuando este último irrumpe en la dogmática filosofía jurídicas. El hecho de que el concepto de persona jurídica mantenga su significado originario de «parte dramática» y permite distinguir claramente entre hombre y persona. En este mismo lugar se abordan diferentes problemas que origina la «personificación» jurídica.

La tercera parte da cuenta de las doctrinas de la «esquizofrenia» jurídica. En ellas la persona jurídica no es más el contenido de las normas jurídicas positivas, sino un sujeto «preexistente», detentador de cualidades y atributos jurídicos *en sí y por sí*; un «sujeto metajurídico» que, no obstante yacer por fuera de los derechos históricos, debe ser modelo y justificación de éstos. Asimismo, ahí se explica la ideología normativa que recoge los atributos de ese «sujeto metajurídico» y se los atribuye al ser humano, creando entes trinitarios, científicamente indescriptibles.

Las tres partes siguientes son menos anecdóticas, su tratamiento pertenece a la teoría del derecho. En la cuarta parte se explica cómo el «sujeto» de la conducta prevista por una norma jurídica positiva es, simplemente, parte de su contenido. De ahí que el «sujeto del derecho» no sea sino *parte del discurso en que el derecho positivo se formula*. La quinta parte explica de qué manera el concepto de persona jurídica permite la construcción de órdenes jurídicos parciales, función que hemos denominado «unificación momentánea», en oposición a la unificación de los órdenes jurídicos momentáneos que realiza el mismo concepto de persona, y que se analiza en la última parte del trabajo en donde se aborda el problema de la unificación de las «variaciones jurídicas».

2. *Usos en literatura y en filosofía*

El término «sujeto» proviene del latín *subiectum*: entidad de la que se afirma algo (Alonso, 1982, III, 3848; Blázquez, 1985, 1504). Dos son los usos predominantes de «sujeto» en filosofía. Primeramente significa *aquello de que se habla* (*a lo que se atribuyen cualidades*). Aquí «sujeto» designa el *tema*, el *contenido*, del discurso. El segundo significado nombra a un ente sustancial, a un agente protagonista del conocimiento y de la acción (Abbagnano, 1991, 1103-1106; Ferrater, 1981, 3166; Lalande, 1968, 1066-1069; Vattimo, 1985, 881-882). En este último sentido, *in extremis*, el «sujeto» es entendido no sólo como *substantia* o *substratum* sino como un ser *en sí y por sí*, que se crea a sí mismo por un devenir voluntario.

Cabe advertir que en el lenguaje ordinario «sujeto» significa *ser*, *entidad* o, simplemente, *ser humano* (Alonso, *loc. cit.*; Real Academia, 1984, II, 1270).

«Sujeto», en el primero de los sentidos, tiene antecedentes clásicos[1]. Con esa tradición se relaciona el uso gramatical del término, que comenzó en el siglo II d.C.[2]. Los autores medievales siguen los textos clásicos y llaman *subjectum* a la sustancia a la que le son predicadas cualidades[3]. Este significado se mantiene en el Renacimiento y en el Racionalismo[4].

1. El primer significado se remonta a Platón (*Prot.*, 349 b). «El sujeto —dice Aristóteles— es aquello de lo que se puede decir todo [...]» (*Meta.*, VII, 3, 1028 b 36). Éste es también el concepto que del sujeto tuvieron los estoicos, quienes lo consideraban el objeto externo al cual se refiere el significado (cf. *Sexto Emp., Adv. Match.*, VIII, 12).

2. Apuleyo (*ca.* 124-después de 170) denominaba *subiectiva* la parte del discurso que los antiguos llamaban «nombre» (cf. *De Platone et ejus dogmate,* II)

3. En este sentido hablan Tomás de Aquino (1221-1274) (cf. *S. Th.*, I, q. 29 a 2), Duns Scoto (1261-1308) (*Op. Ox.*, II, d. 3, q. 6, n. 8), Guillermo de Occam (1928-*ca.* 1349) (*In sent.*, I, d. 2, q. e, E).

4. Gotfried Wilhelm Leibnitz (1646-1716) mantiene el significado adicional de sujeto (cf. *Nov. Ess.*, II, 23 2); Christian Wolff (1679-1754), a su vez, define el sujeto como «ente dotado de esencia» (*Ont.*, 3/4 711); Alexander Gottlieb Baumgarten (1714-1762), en el mismo sentido (*Met.*, 3/4 344).

El segundo significado: el *Yo*, conciencia o capacidad, se consolida en la obra de Immanuel Kant (1724-1804). En ella, el sujeto es la conciencia o autoconciencia que determina y condiciona toda actividad cognoscitiva[5]. La tradición poskantiana se aferra exclusivamente a este segundo significado[6]. El punto extremo es Georg Wilhelm Hegel (1770-1831), para quien el sujeto es la capacidad de iniciativa o el principio de la actividad en general, la condición universal, siempre presupuesta, de todo fenómeno, de todo objeto; porque lo que existe no existe sino para el sujeto[7].

De este «sujeto trascendente» queda poco en la actualidad; al insistir más en el aspecto objetivo del conocimiento, se deja de lado al sujeto. Para Ernest Mach (1838-1916), el *Yo* es un mero conjunto de sensaciones y, por tanto, no tiene función alguna como sujeto (1925, I, 12). En sentido análogo, Ludwig Wittgenstein (1889-1951), para quien «el sujeto no existe; no existe porque el sujeto no pertenece al mundo sino que es un límite del mundo» (1922, pr. 5.632).

Dentro de otras corrientes la función del sujeto se reduce, deja de ser incondicionada o creadora (Hartmann, 1931, & 10; Husserl, 1931 & 37; Heidegger, 1929, II). La tendencia, incluso, es excluirla: John Dewey (1859-1952) subrayó que admitir la existencia «de un sujeto cognoscente previo a la investigación y con independencia de ella», significa formular una suposición imposible de verificar empíricamente y, por tanto, es «un preconcepto metafísico» (1950, 576).

Desde Descartes, (1596-1650) hasta Kant y desde Giovanni Gentile (1875-1944) hasta Edmund Husserl (1859-1938) el sujeto quiso ser, también, el centro de la acción práctica: el hombre mismo. Sin embargo, en la filosofía contemporánea la ecuación «sujeto = hombre» desaparece (Frosini, 1970, 813).

II. PERSONA. «SUJETO» DE LA ACTUACIÓN JURÍDICA

1. *Significado de «persona»*

Los significados de «persona», los de su equivalente en griego: *prosôphon* y sus derivaciones modernas, han sido objeto de interminables controversias. La expresión «persona» no es exclusiva del discurso jurídico; procede de campos muy alejados del derecho. La etimología ha sido claramente establecida. La locución latina «persona» deriva de *personare*[8];

5. Cf. *Crítica de la razón pura,* Dial. trascendental, II, cap. I.

6. Según Johan Gottlieb Fichte (1762-1814), el sujeto es el Yo, que no tiene nada de común con los seres de la naturaleza (cf. *Wissenschafttslehre,* 1794, 3/4 3,

7. Cf. *Phänomenologie des Geistes,* Pref. II, 1.

8. «Resonar», «reverberar»; (de *per*: «intensidad» y *sonare*: «hacer ruido», «sonar»). Sobre la etimología de «persona», cf. Blumental, en PWRE, vol. 19, I, 1036-1040; Ernout-Meillot, *Dictionnaire étymologique de la languaje latine,* Paris, 1959.

su significado originario fue el de «máscara» (*larva hystrionalis*) (Duff, 1971, 3; Ferrara, 1923, 338; Nass, 1964, 10-11):designaba una careta que cubría la cara del actor cuando recitaba en una escena. El propósito de la máscara era hacer la voz del actor vibrante y sonora[9]. Las máscaras, por razones escénicas, devinieron diferentes, dependió del papel que se representaba. Con la conocida expresión: *dramatis personae*, se designaban las máscaras que habrían de ser usadas en el drama. Probablemente este sentido era ya metafórico y significaba las «partes», los «papeles», que habrían de hacerse en la obra. Así, en el lenguaje teatral, se usaban las expresiones: *personam gerere, personam agere, personam sustinere* para significar que, en el drama, se hacía una «parte», que se representaba un «papel» (Ferrara, 1923, 338; Orestano, 1978, 194, n. 3). Persona es un personaje dramático.

El significado dramático de *persona* penetró en la vida social; se aplica a todas las «partes» (dramáticas) que el hombre hace en la «escena» de la vida: «[...] tres personas unus sustineo, meam, adversari, iudicis [...]» (Cic. *De Oratore*, 2, 24, 102). Así como el actor en el drama representa una parte dramática, los individuos, en la vida social, «representan» o hacen un «papel social». En este sentido se decía: «gerit personam princeps, gerit personam consulis» (cf. Ferrara, 1923, 340).

Ciertos dogmas del cristianismo (*e. g.* los misterios de la Iglesia) hicieron necesario el uso de *persona*: Dios es tres «personas» distintas, pero un solo ente divino: el ente divino se «representa» de tres formas, tiene tres apariencias. Los griegos llamaban a los entes trinitarios: *ypostasis*, palabra que los teólogos latinos traducían por *persona* (Ferrara, 1923, 340). El término ya existía, pero al aplicarlo a Dios se hizo necesario darle un nuevo sentido filosófico (Esquivel, 1979, 34). En este sentido teológico *persona* viene a significar «sujeto racional, parte divino, parte humano». Así, Boecio (*ca.* 480-525) definía *persona* como «naturae rationabilis individua substantia» *(Contra Eutychen, 5)*. En la Edad Media y en la época moderna *persona* conservó este significado numérico.

Kant recoge la tradición teológica donde persona tiene un valor incondicional, absoluto; es fin en sí misma, en suma: «sujeto» trascendente. Desde entonces, la idea de persona quedó asociada a las cualidades de racionalidad y autonomía (libertad), atribuidas a este «sujeto». Esta concepción de persona habría de introducirse en la literatura jurídica: persona es un «sujeto» dotado de razón y voluntad libre (cf. Ta-

9. «Lepide, mi hercules, et scite Gavius Bassus, in libris, quos de origine vocabularum composuit, unde appellata persona sic interpretatur; a personando enim in vocabulum factum esse coniectat. Nam caput inquit et os coperimento personae tectum undique unaque tamtum vocis emittendae via pervium, quoniam non vaga naque diffusa est, sed in unum tantum modo exitum collectam coactanque voccem ciet magis claros canorsque sonitus facit, quoniam igitur indumentum ilud oris clascere et resonare vocem facit, ob eam causam persona dicta est, "o littera propter vocabulari forman productione"» (Aul. Gell. *Noct. Att.*., 5, 7*)*.

mayo, 1992, 84-87). Y, así, un candidato viable para ser «sujeto» es el ser humano (*imago Dei*). Para Kant el hombre o, mejor, una idea de hombre, califica como sujeto en virtud de su racionalidad y autonomía moral (Jones, 1971).

2. Persona iuris

Los juristas usan «persona» en su significado paradigmático[10]. *Persona* significa: «una "parte"», «un "papel"», «personificación», en suma: «personaje». En la «escena» del derecho el «drama» lo escribe el derecho (objetivo); él es el «dramaturgo» que establece los «papeles» que habrán de «representarse» en la vida social. Alguien hará el «papel» de *emptor*, de *locator*, de *tutor*, de *fiscus* o de *herentia*.

Los derechos, facultades y obligaciones (las «partes», los «papeles» en el «escenario» del derecho) no son sino los textos que describen una específica conducta (permitida, prohibida u obligada), un «papel» previsto por el derecho positivo. Las personas jurídicas (los personajes de este drama) no son sino contenidos de un discurso, del discurso en que el derecho positivo es formulado; son sólo un texto (*lato sensu*), tanto como lo es Hamlet.

Los «personajes» teatrales son «papeles» dramáticos, objetos literarios. De la misma manera, los «papeles» jurídicos son objeto de un discurso, el contenido del discurso en que el derecho se formula. Tutor, contratante, cónyuge, *de cujus,* contribuyente, son personajes del drama jurídico y, como tales, un texto. Fuera del texto de William Shakespeare (*ca.* 1564-1616) no hay Hamlet; fuera del discurso jurídico positivo, no hay personas jurídicas.

La regulación de la conducta que establecen las normas del derecho positivo son los «parlamentos», los recitativos o partituras que habrán de interpretarse. Estos parlamentos, recitativos o partituras, son las obligaciones, derechos y facultades de los «personajes».

3. *Persona y ser humano*

En la antigua Grecia, el término *anthrôpos,* con el que se designa al ser humano, existió mucho antes de que se inventara la expresión teatral *prosôphon.* Así sucedió en Roma; *homo* designa ser humano mucho antes de la aparición de las *dramatis personae.* «Persona» significa «papel dramático», no «hombre». Este significado de persona se mantiene en

10. «[...] pupillum in his, quae a substituto reliquuntur, personam sustinere eius a quo sub condictione legatur [...]» (*D.* 34, 3, 7, 5);

«[h] ereditas enim non heredis personam, sed defuncti sustinet [...]» (*D.* 41, 1, 34); «et instituti et substituti personam sustinere [...]» (*D.* 41, 1, 34). En ocasiones, alguien podía hacer más de una «parte»; «[c] ommunis servus duorum servorum personam sustinet» (*D.* 45, 3, 1, 4); etc.

los textos jurídicos en los que el término *homo* y *persona* claramente se oponen[11].

Sin duda, existe cierta relación entre persona y ser humano (sólo los seres humanos son actores). En todo momento la «persona jurídica», *i.e.* «"parte" (dramática)», «personaje», presupone un «actor»; pero, no designa a un ser humano, sino al texto que describe la conducta de un ser humano, tal y como se encuentra regulada por el orden jurídico. *Persona* es el *homo* que actúa o hace su parte, como señalaba Jacopo Facciolati (1682-1769)[12]. La persona jurídica, ciertamente, alude a un individuo (al «actor»), pero teniendo en cuenta su conducta jurídicamente regulada. Así lo ha entendido la dogmática civil: «[persona jurídica] es [...] el hombre considerado como *actor* de la vida social»[13].

Por ello, tiene razón Hans Kelsen (1881-1973) cuando declara que el objeto de la ciencia jurídica no es el hombre sino la persona (1959, 82), *i.e.* las obligaciones, derechos y facultades.

Al expresar que un individuo es «sujeto» de una obligación jurídica (*i.e. persona*) no se alude sino a que una conducta determinada de ese individuo es contenido de una obligación establecida por el orden jurídico. Y al expresar que un individuo es «sujeto» de una facultad jurídica (*i.e. persona*), no se dice sino que determinados actos de ese individuo participan en la producción de normas jurídicas (cf. Kelsen, 1991a, 179).

4. *Entes colectivos* (universitates)

Además de las personas singulares existen otros personajes que se pueden representar en la escena jurídica: «entes colectivos» (personas morales[14]). El derecho regula la conducta de un grupo de individuos al cual considera

11. Ulpiano señala: «Quod attinet ad ius civile, servi pro nullis habentur [...]» (*D.* 50, 17, 32). En el mismo sentido, Paulo decía: «Usus fructus sine persona esse non potest et ideo servus hareditarius inutiliter usum fructum stipulatur» (*D.* 45, 3, 26). No puede haber usufructo sin una persona jurídica, por tanto, un esclavo no puede válidamente estipular un usufructo. Teodosio prohíbe la presencia de esclavos en juicio en razón de que «servos namque nec ab initio, quasi nec personam habentes [...]». La disposición de Teodosio de forma inclemente continúa así: «in iudicium admitti iubemus et, si hoc ausi fuerint, continuo eos flammins trad bel bestiis» (*Nov. Th.* 17, 11, 2). Así reza el Canon 87: «[p]or el bautismo el hombre se convierte en persona». Hugo Donellus (1527-1591) distingue con precisión entre hombre y persona: «Servus cum homo est, non persona; Homo naturae, persona juris civilis vocabulum». Arnoldus Vinnius (1588-1657), por su parte, nos recuerda que «Iure veteri discrimen erant inter hominen et personam [...]».

12. «ipse homo quatenus han vel illam personam gerit. (Totius latinatis lexicon».) Por su parte, Joaquín Escriche recoge la misma idea:

«Persona est homo cum statu quodam consideratus» (*Dicc. Leg.*).

13. «Le mot *personne* [...] exprime bien cette idée que le sujet de Droit ce ne sont pas les hommes tout entiers, mais les hommes considérés comme *acteurs* de la vie sociale sous en certain rapport [...]» (Colin y Capytant, I, 110).

14. La expresión *persona moralis*, usada probablemente por primera vez por Samuel Pufendorf (1632-1694), ha dado lugar a explicaciones no siempre felices, las cuales atribuyen

un solo personaje: «[...] sive singularis sit persona, quae metum intulit, vel populus vel curia, vel collegium vel corpus [...]» (*D.* 4, 2, 9, 1).

Regulando la conducta de varios individuos, unitariamente considerados, no sólo puede representarse entes colectivos sino, incluso, seres inanimados. Así, la herencia: «[...] hereditas personae vice fungitur [...]» (*D.* 46, 1, 22)[15]. Ejemplos de este género son las *piae causae,* las fundaciones, el *fiscus* (cf. *D.* 43, 8, 2, 4). En algunos casos, la «parte» protagonizada es la de un ente metafísico, *e. g. Iupiter tarpeius* (cf. *Ulp. Reg.,* 22, 6)[16].

Se puede «personificar» a una comunidad, alguien actúa como *populus,* como *civitas.* Así: «[...] magistratus gerit personam civitatis [...]» (Cic. *De off.* 1, 34, 124), «[...] que personam populi romani sustinerent [...]» (*Cic. De Domo,* 52, 133). La idea de que una comunidad fuera personificada se extendió al ámbito de la Iglesia: Lucio Cecilio Lactancio (*ca.* 250-*ca.* 330 d. C.) suponía que existía una «[...] persona Christianorum [...]» (*De mortibus persecutorum*, 48, 7).

5. Status *y capacidad*

El conjunto de obligaciones, derechos y facultades atribuidos a un individuo constituye su *status* (*iuris*). De ahí que los viejos civilistas definieran *Persona* como: «homo cum statu suo consideratus» (Moyle, 1964, 86). El *status* se orienta más hacia las capacidades (derechos y facultades) que a las cargas y obligaciones.

Los atributos de las personas jurídicas no son cualidades de seres humanos. Los predicados dados a las personas jurídicas son calificaciones jurídicas establecidas por normas del derecho positivo. La dogmática denomina a estas calificaciones (facultades o derechos) «capacidad». La noción de capacidad se encuentra, así, inseparablemente vinculada con la de persona jurídica (Vernengo, 1976, 265).

La dogmática normalmente considera la capacidad como atributo esencial de la persona jurídica y entiende por ésta «la aptitud de tener o

al adjetivo *moralis* el sentido de «ético» (implicando así un juicio de valor), o bien «espiritual», en el sentido de «opuesto a lo material». Pero tanto en uno como en otro caso es un grave error. Cuando Pufendorf habla de *entia moralia* y coloca bajo este rubro a las *personae morales,* usaba el adjetivo en el sentido clásico, refiriéndose al mundo de las *mores* y de la acción humana, mundo al que estos entes morales (o personas) pertenecen y con respecto al cual son considerados (cf. Orestano, 1978, 201, n. 26).

15. El texto continúa así: «sicuti municipium et decuria et societas». En la *hereditas iacens* (cf.: *D.* 9, 2, 13, 2; 41, 1, 61, pr.; 43, 24, 13, 4; 47, 10, 1, 6) el de *cujus* ha dejado de hacer su «papel» (ha dejado de usar su máscara). Cuando el heredero sea puesto en posesión de la herencia, esa «parte» habrá de continuar. Mientras eso sucede, una nueva persona aparece: la *hereditas iacens,* la cual proporciona una percha en la que la máscara es colgada (Duff, 1971, 19).

16. Esto es definido por el rhetor Publius Retilius Lupus (vive bajo Tiberio) como *prosôphoiía* (cf. *Aquila Romanus, & 3,* en Halm, C. *Rhetores latini minores,* 1863).

ejecutar derechos o facultades». (Tener obligaciones no ha sido, en este aspecto, un dato decisivo.) El elemento esencial en la concepción dogmática de «persona jurídica» es la capacidad (jurídica) de tener o adquirir derechos o facultades jurídicas (Moyle, 1964, 86) (por sí o por sus representantes), de conformidad con las normas del derecho positivo.

Esta capacidad jurídica, propia de la persona jurídica, se hace notoria en los textos en que se habla de persona legítima: «[...] qui legitimae administrationis personam sustinere [...]» (*C.* 2, 40, 4). No toda persona es *legítima,* esto es, idónea para realizar un acto jurídico específico. No todas las personas jurídicas (menores, cónyuges, esclavos) pueden celebrar un matrimonio válido (*iustae nuptiae*). La *persona legítima* es aquella que tiene la capacidad para hacer cierto papel (cf. *C.* 6, 17, 2). Éste, precisamente, es el sentido que tiene la expresión *legitimam* en la siguiente frase: «Qui legitimam in indiciis habent vel non» (*C.* 3, 6, rb.)[17].

Los usos de *persona legítima* evidencian un giro en el significado de «persona». Las personas forman una complicada jerarquía. Existen «papeles» únicamente para ciertos «actores». Las capacidades se otorgan a «clases de actores»: unos, los *sui iuris* pueden representar todos los papeles; otros, los *alieni iuris,* no. El *ius personarum* no es sólo una lista de «personajes» sino, también, un elenco de «actores» (los hay actores «capaces»; otros, «incapaces»). «Persona» puede aludir al «actor» —aunque, por el momento, no actúe—. Este giro hace que *persona* y *caput* sean intercambiables en ciertos contextos. Hay actores sin papel: aquellos que sólo tienen «capacidad de goce» (cf. *Infra*).

«Personalidad» o «capacidad» corresponden al concepto romano de *caput*[18]. La sinonimia entre *caput* y *persona* se hace manifiesta toda vez que, con *caput*, los romanos se refieren al *status civilis.* El *status* de un ciudadano se componía de tres aspectos (*status libertatis, status civitatis, status familiae*). La pérdida de alguno de éstos implicaba una *capitis diminutio,* que no era otra cosa sino la pérdida de ciertos derechos y facultades (Berger, 1968, 381; Moyle, 1964, 181 ss).

Los problemas que estudia la dogmática bajo el rubro de «persona jurídica» no son siempre cuestiones que se relacionan con la capacidad

17. En C. 3, 6, 3, justamente se observa que, en ocasiones, la persona legítima puede ser cualquier persona: «Momentaiae possesionis actio excerceri potest per quamqunque personam». Sin embargo, no es siempre así. Más adelante, en el mismo lugar aparece: «[...] autem adipiscendae possessionis obrepticia petitio alteri obsesse non debet, maxime cum absque conventione personae legitimae initiatum iurgium videatur». Persona jurídica no es *quamcumque personam,* sino una persona jurídica con ciertas características. De C. 3, 6, 1-3 se desprende que «persona legítima» significa «alguien jurídicamente calificado para actuar en juicio» (a veces, «cualquier persona jurídica»; en otras ocasiones, «una especialmente calificada»).

18. En el discurso jurídico romano *caput* aparece como sinónimo de *persona*. Así, indistintamente se dice: «[...] in persona servi...» (*D.* 50. 16. 215) o «[i]n personam servilem... (*D.* 50, 17, 22), en lugar de *caput servile* como en *D.* 4, 5, 3, 1, donde se establece: «servile caput nullum ius habet» («el esclavo no tiene ningún derecho»).

(Nino, 1980, 224). ¿Qué significa que una sociedad mercantil o un municipio contrate o adquiera un inmueble?, ¿qué significa decir que la sucesión, una sociedad anónima o un municipio están obligados?, ¿qué actos son de una persona colectiva?, ¿cómo actúa una persona colectiva? Estas cuestiones no son cuestiones de capacidad sino de una específica forma de regulación de la conducta: la regulación indirecta.

6. *Personalidad. ¿Quién es persona?*

a) Capacidad psíquica

Usando «sujeto» como sinónimo de «ser» (o entidad), los juristas definen la persona jurídica como: «sujeto "capaz" de tener derechos y obligaciones»[19]. Ciertamente, con «sujeto» los juristas tienen en mente a los seres humanos. Sin embargo, el predicado: «capaz de tener derechos, facultades...» que se asigna a «persona», alude a cualidades jurídicas que no deben ser confundidas con «capacidad psíquica» o «intelectual» (Esquivel, 1979, 38; Tamayo, 1992, 93-97).

Cuando por «capacidad» se entiende, erróneamente, «aptitud psíquica o intelectual»

camente falso). Alguien puede gozar de plena capacidad psíquica y no ser persona (*e. g.* presunción de muerte, *capitis diminutio* máxima, etc.); por otro lado, las obligaciones, derechos y facultades atribuidos a individuos psíquica e intelectualmente incapaces son personas jurídicas; así como las obligaciones, derechos y facultades de ciertos entes inanimados (*e. g.* la herencia, las fundaciones, la hacienda pública).

Si se sostiene que todos los seres humanos son personas jurídicas, tal aserción no sería problemática si fuera complementada con la siguiente afirmación: los derechos contemporáneos invisten con derechos y facultades a todos los individuos, por el simple hecho de ser seres humanos.

El particular *status* de una persona jurídica depende del orden jurídico que lo otorga. Así, por ejemplo, a determinados hombres, el orden jurídico romano concede un cierto número de derechos y facultades que constituían su *status libertatis.* (Ciertamente el *civis* tenía muchos más derechos y facultades que el hombre que era sólo libre —*e. g. peregrinus*—.) El *status* (la cualidad jurídica) con el que alguien podría estar investido, *per arbitrium* del orden jurídico romano, no era sino un conjunto de derechos y facultades. El *ius personarum* era, así, el derecho referido a los individuos considerados como *investidos* de facultades y derechos, es el derecho que regula estos tres tipos de *status*: *libertatis, civitatis* y *familiae* (Moyle, 1964, 87; Berger, 1968, 628).

19. «On appelle persones, dans la languaje juridique, les étres capables d'avoir des droits et des obligationes; plus brièvement, on dit que la personne est tout sujet de droit» (Planiol, Marcel y Ripert, George, 1925, I, 6).

b) ¿Qué entidades deben ser personas jurídicas?

Éste no es lugar para discutir cuáles son las razones que deben guiar al legislador para otorgar a alguien (o a algo) el carácter de persona jurídica. Estas cuestiones son problemas de filosofía política y de filosofía moral. Aquí preocupa la noción de persona jurídica, con la cual la dogmática jurídica designa el conjunto de obligaciones, facultades y derechos que el orden jurídico atribuye, sea a uno o a varios individuos. Ser o no ser persona jurídica, es sólo una cuestión jurídica positiva.

El uso de «sujeto de derecho» como sinónimo de «persona» por parte de la dogmática hizo de este concepto una noción circular. Por «persona jurídica» la dogmática entiende «todo sujeto de derecho», pero, del sujeto, se limita a decir que es todo ente que tiene derechos y facultades.

La *personificación* de entes inanimados y de entes colectivos evidencia el hecho de que «persona jurídica» no designa un ser humano ni sus capacidades (o incapacidades) psíquicas, sino la conducta de un individuo o varios individuos que es contenido de la regulación jurídica. Al igual que la noción de *persona singularis,* la noción de persona colectiva permite la unificación de las normas que regulan la conducta (*i.e.* las normas que establecen los derechos, obligaciones y facultades) en órdenes jurídicos parciales, función que realiza, precisamente, el concepto de persona jurídica.

III. EL SUJETO DE DERECHO. IDEOLOGÍA NORMATIVA

1. *Contubernio o hipóstasis*

La idea de un sujeto trascendente encontró eco en las doctrinas del derecho natural. Cuando el «sujeto» trascendente irrumpe en el mundo del derecho, los juristas partidarios de esta intromisión generan un contubernio, lógicamente insostenible. La intención es hacer compatible un «sujeto», que mora fuera de todo derecho, con la persona jurídica, conjunto de obligaciones, derechos y facultades establecidos por el derecho positivo. Y, sin más, señalan que las personas jurídicas son sujetos de derecho[20].

El resultado es una aberración. El «sujeto», como *substratum* trascendente, es una contradicción en sí misma; es anterior al derecho positivo, consecuentemente libérrimo y, no obstante morar fuera de la experiencia jurídica es, a la vez, principio y modelo de esta experiencia[21]. Este «sujeto» preexistente a todo derecho positivo, no puede ser com-

20. Sánchez Román, *Diccionario de Derecho Privado*; García Maynes, Planiol *et al.*
21. Porque le son inherentes capacidades y cualidades jurídicas, *e. g.* derechos (subjetivos).

patible con la persona jurídica; ésta no existe por fuera del derecho. La persona jurídica es conducta de individuos tal y como es regulada por el orden jurídico; es el *contenido* del discurso jurídico positivo. Esta duplicación de caracteres, un «sujeto de derecho», en el sentido de *substractum,* y una persona jurídica, conjunto de obligaciones, derechos y facultades, no puede convivir sino como producto de una doctrina de la «esquizofrenia» jurídica. Para la dogmática, este contubernio pasa mayormente inadvertido al usar «sujeto» simplemente como sinónimo de «persona» (cf. *Infra*).

El problema se complica: de contubernio insostenible se pasa a hipóstasis trinitaria. El ente trinitario se completa cuando el «sujeto» del derecho, *sustratum iuris* y persona, a la vez adopta una apariencia más: ser humano. Ahora, el ser humano, condicionado y determinado por la historia jurídica, la trasciende. Un protagonista de la acción (aunque trascendente) requiere de una voluntad real o ficticia.

La obra se concluye: la voluntad se convierte en un elemento esencial del concepto de persona (ahora el «sujeto» tiene «personalidad», puesto que tiene «voluntad»). Así, Hegel define la personalidad como la posibilidad subjetiva de la voluntad jurídica[22]. Así se prepara la ideología del «hombre» detentador de «derechos *subjetivos*».

2. *El «sujeto» del derecho subjetivo*

La noción de sujeto de derecho, dentro de este orden de ideas, está estrechamente ligada con la de derecho subjetivo; en rigor no son sino dos aspectos de la misma noción (Kelsen, 1960, 115; Frosini, 1970, 813). El sujeto del derecho se identifica con el titular del derecho subjetivo, cuyo modelo es el propietario del liberalismo clásico (Kelsen, 1960, 115). Este sujeto, si lo es, posee derechos que le son inherentes y que preexisten a cualquier orden jurídico positivo (cf. Nozick, 1988, 7)[23]. Así, mientras aparece un orden jurídico, el «sujeto» jurídico transmigra esperando dar forma a todo derecho positivo.

Esta idea de «sujeto» jurídico *en sí* es falaz. Ningún «sujeto» puede, en sí y por sí, crear derecho por fuera del derecho. Para que esto ocurra es necesario que el orden jurídico atribuya a los actos del «sujeto» el carácter de hecho creador del derecho.

Según esta ideología, el «sujeto» de derecho es titular de un derecho preexistente. Pero si el derecho subjetivo incluye el poder jurídico de participar, mediante el ejercicio de la acción, en la creación del derecho judicial, conviene cualificar el concepto del derecho (el sujeto de la acción) distinguiendo este sujeto de derecho, el cual funciona como «órgano jurídico creador», del «sujeto» jurídico *en sí*, del «sujeto» transcendente

22. Cf. 1975, $ 34-39.
23. El paradigma de estas ideas se encuentra en John Locke (cf. 1967, secc. 4 ss.).

(aunque sabemos que, al actor, la dogmática no le llama «órgano») (Kelsen, 1991a, 178).

IV. EL OBJETO DEL DISCURSO JURÍDICO

1. *El «sujeto», parte del objeto del discurso jurídico*

Para los juristas anteriores al siglo XVI no existían sujetos jurídicos *en sí* deambulando por fuera de la experiencia jurídica. Los «protagonistas» del mundo jurídico eran sólo personas.

Dentro de un ámbito del derecho, el «sujeto» se mantenía como una cuestión lingüística o gramatical: objeto de predicación. El sujeto de una proposición jurídica es aquello de lo que se habla *jurídicamente*, el objeto del discurso del lenguaje en que el derecho positivo se formula, en suma: el contenido de las normas que componen el derecho objetivo. Este contenido consiste en obligaciones, derechos o facultades de los individuos, cuestión que los juristas manejan fácilmente con el concepto de persona jurídica.

Para los juristas era claro que el «sujeto» consistía en la acción humana jurídicamente prescrita. De lo que «hablan» las normas es de la conducta que regulan. ¿Qué otro objeto podrían tener?

Cuando irrumpe en la literatura jurídica la idea de «sujeto» trascendente, los profesionales del derecho, *i.e.* jueces y abogados, no modifican sustancialmente su discurso: trabajan normalmente con las nociones de «persona», «personalidad», «capacidad», «representación», sin que, aparentemente, afecte a su trabajo la discusión metajurídica sobre el «sujeto». Cuando usan «sujeto» al aplicar el derecho positivo, lo usan como sinónimo de «persona jurídica». Así, no obstante la presencia persistente de esta postura metafísica, en la comunicación judicial y en el discurso jurídico existe un entendimiento ampliamente compartido (aunque no sea siempre explicitado).

Si observamos con detenimiento el «objeto» del discurso jurídico (*i.e.* el «objeto» de las normas que imponen las obligaciones o confieren derechos o facultades), encontraremos que éste no es otro que la conducta que regula. De tal modo que si queremos tener un «sujeto» del derecho, éste no puede ser sino aquel cuya conducta comienza, continúa o concluye la acción que la norma describe.

2. *Sujetos y objetos del derecho*

Una norma jurídica puede ser considera, *inter alia,* con respecto a sus objetos, *i.e.* con respecto a los actos que regula, o con respecto a sus sujetos (Bentham, 1970, 1). Los sujetos pueden aparecer, como contenido de una misma norma jurídica, en cualquiera de estas dos capacidades: como *agentes* o como *pacientes*: como entidades en las cuales el acto o

movimiento que es el objeto de la norma jurídica en cuestión tiene su comienzo o su progreso, o bien, su terminación (Bentham, 1970, 34). En cuanto a la distinción entre sujetos y objetos de las normas jurídicas, ésta no puede resolverse por una regla general. Lo dicho apropiadamente para los sujetos puede, con la misma propiedad, aplicarse a los objetos. Decir «sujeto de derecho» u «objeto del mismo» depende de usos lingüísticos de la profesión (Bentham, 1970, 34, n. a).

V. LA PERSONA Y LA UNIFICACIÓN DE LA EXPERIENCIA JURÍDICA

1. *Órdenes jurídicos momentáneos*

Si agrupamos las obligaciones, derechos y facultades atribuyéndolos a un individuo (o grupo de individuos), constituimos un centro de imputación, precisamente, la persona jurídica (Kelsen, 1959, 85). La persona jurídica *unifica* derechos, obligaciones y facultades; constituye su expresión de unidad[24].

Si la persona jurídica no es más que la expresión de unidad de las obligaciones, derechos y facultades establecidos por normas jurídicas positivas, entonces la persona jurídica no se sitúa al lado o por encima de las obligaciones, derechos o facultades de los cuales ella es su expresión de unidad. La persona jurídica no es algo distinto de los derechos, obligaciones y facultades. Con esta «personificación no se generan nuevos «entes», simplemente ciertos derechos, obligaciones y facultades serán unitariamente considerados.

Esta unificación se produce mediante la noción kelseniana de imputación central (Kelsen, 1959, 81-99)[25]. En la unificación de la experiencia jurídica no cabe ningún elemento metajurídico.

La función de unificación que realiza el concepto de persona jurídica opera de dos maneras, la primera podemos llamarla, usando una metáfora temporal: «unificación momentánea», que comprende la totalidad de obligaciones, derechos y facultades que existen en un momento determinado y se atribuyen o se imputan a un individuo (o a un conjunto de individuos). En esta unificación podemos considerar los derechos, obligaciones y facultades, contenido de las normas jurídicas que los establecen, o bien simplemente a estas últimas. (Así, nos podemos referir indistintamente al conjunto de derechos, facultades y obligaciones o bien al orden parcial que constituyen las normas que lo establecen.)

24. Es a Hans Kelsen a quien corresponde el mérito de haber determinado con toda precisión el concepto de persona jurídica, depurándolo de todo elemento metajurídico.

25. Noción que juega en la *Teoría pura* un papel similar al que juega, en la *Crítica de la razón pura*, la primera analogía kantiana de la experiencia.

2. *La persona jurídica y la unificación*

a) La persona física

Un primer procedimiento en la unificación de las obligaciones, derechos y facultades es realizado por la persona física. Esta unificación opera de la siguiente manera: todas las obligaciones, derechos y facultades que sean imputados a un solo individuo forman parte de una persona física (cf. Kelsen, 1959, 177-178).

La persona física es un conjunto de obligaciones, derechos y facultades, conjunto que denominaremos D1 y que puede ser formulado de la siguiente manera:

D1 = {a:a sea una Oi, Di o Fi que se impute a x}

Fórmula que indica que cualquier obligación (Oi), derecho (Di) o facultad (Fi) («conducta jurídicamente regulada»), que sea imputada a un solo individuo x, es una persona física (cf. Kelsen, 1959, 83).

Cada vez que «la conducta jurídica regulada» sea imputada a un solo individuo se estará formando una unidad sistemática de derechos, obligaciones y facultades denominada «persona física». Ahora bien, si D1 —la persona física— es sólo la expresión de unidad de esta conducta, D1 no es un «ente» que «tenga» o «posea» esos derechos, obligaciones o facultades; D1 es esos mismos derechos, obligaciones o facultades unitariamente considerados. La persona física no es sino una función de relación. La persona física no es una entidad independiente de los derechos, obligaciones y facultades de los que sólo es expresión de unidad. La persona física es la «personificación» de un orden jurídico parcial.

b) La persona colectiva (moral)

Otro mecanismo de unificación de la experiencia jurídica lo constituye un particular procedimiento de regulación (mediata). Esta unificación funciona de la siguiente manera: la totalidad de las O, D o F que sean referidos a varios individuos, considerados unitariamente, forman una persona colectiva (moral). Al igual que la persona física, la persona moral es un conjunto de obligaciones, derechos y facultades, conjunto que denominaremos D2 y como tal, podemos formularlo así:

D2 = {a:a sea una Oi, Di o Fi,
que se impute a {x1, x2, xn}}

Donde {x1, x2, xn} indica un grupo mayor o menor de individuos. De manera que esta fórmula debe leerse: la persona colectiva D2, es el conjunto de todas las O, D o F (obligaciones, facultades y derechos) que sean imputadas a una pluralidad de individuos. Así D2, al igual que D1, es la expresión de unidad de un conjunto de obligaciones, de-

rechos y facultades. Pero, en tanto que en D1 —en la persona física— el criterio de atribución *es un solo individuo*, en D2 lo son *varios individuos*. Al igual que D1, D2 no es sino el concepto que unifica un conjunto de obligaciones, derechos y facultades; por tanto, ambos son personas jurídicas, órdenes jurídicos parciales (momentáneos).

La persona colectiva es una forma singular de regulación normativa; es mediata, necesita de, al menos, dos momentos. Así, cuando una persona colectiva —sociedad anónima, municipio, etcétera— soporta el pago de una mayoración o multa fiscal, quiere decir que un individuo —determinado por el orden parcial (los estatutos) de la persona colectiva— no pagó puntualmente las sumas debidas. Esta omisión, sin embargo, en lugar de ser atribuida al individuo que omitió, es atribuida a la persona colectiva —sociedad anónima, municipio, etcétera—, es *imputada* a la persona moral.

Es importante tener presente que son los individuos, no las personas jurídicas —físicas o colectivas— los que se comportan (cf. Kelsen, 1959, 92-93). De ahí que «imponer obligaciones o investir de derechos o facultades a una persona jurídica» es una forma especial de regulación de la conducta de los individuos, es una forma indirecta. Así, cuando se dice que una persona colectiva, por ejemplo, una sociedad o un municipio, está obligada o facultada, quiere decir que ciertos individuos —que el orden jurídico parcial o total determina— están obligados o facultados.

c) La persona jurídica Estado

Ciertamente, D1 y D2 forman unidades parciales, no representan la totalidad de las obligaciones, derechos y facultades de una comunidad, D1 y D2 son procedimiento limitados de unificación. La pluralidad de personas jurídicas (físicas y morales) plantea el problema de cómo reducir a una unidad todo el conjunto de derechos, facultades u obligaciones de una comunidad (o de las normas jurídicas que las establecen). Pues bien, la persona jurídica Estado es la expresión de unidad de la totalidad «momentánea» de esas «conductas jurídicamente reguladas». La unificación que realiza la persona del Estado opera de la siguiente manera: toda «conducta jurídicamente regulada» que sea referida a la comunidad —a la totalidad de individuos que componen el grupos social (nacional)— forma la persona jurídica del Estado. De esta forma, el Estado, que denominaremos D3, es, al igual que D1 y D2 un conjunto de derechos, facultades u obligaciones y podemos formularlo así:

D3 = {a:a sea una Oi, Di o Fi, que se impute a ß}

Fórmula en la que ß designa a la totalidad de una comunidad política, la cual debe leerse: «El Estado es el conjunto de todos los derechos, facultades y obligaciones que se imputan al conjunto de todos los individuos que forman una comunidad». D3 es, pues, el medio que nos

permite la unificación de la *totalidad* de obligaciones, derechos y facultades (o de las normas que las establecen).

De acuerdo con lo anterior, resulta que separar a D3 de las normas jurídicas que lo constituyen —en dualismos como Estado y derecho— es producir un ente inaprensible por parte de la ciencia del derecho[26].

Ciertamente, la pluralidad de las comunidades estatales podría hacer necesario considerar un centro ulterior de imputación, *e. g.* D4, que sume los derechos de los Estados y todos los órdenes jurídicos parciales internacionales (organismos internacionales, derecho contractual internacional, etc.). Este centro de imputación lo constituiría la comunidad internacional[27].

VI. PERSONA COMO SUJETO DE LAS VARIACIONES JURÍDICAS

1. *El orden jurídico y su constante modificación*

El término griego *ypokéirenon,* al que corresponde el vocablo latino *subiectum,* significa, precisamente, «lo que subyace», no ya en el sentido de

26. Si se entiende que el concepto jurídico «Estado» significa «orden jurídico personificado» no puede haber una antítesis entre Estado y derecho como lo han pretendido las teorías tradicionales del derecho y del Estado. Sin embargo, la teoría tradicional del Estado y del derecho —dice Kelsen— no puede renunciar a la tesis del dualismo de Estado y derecho. Puesto que esta tesis realiza una función ideológica de una importancia extraordinaria, que no se puede subestimar. Es necesario que se represente al Estado como una persona distinta del derecho, a fin de que el derecho pueda justificar este Estado —que crea el derecho y se somete a él—. Y el derecho no puede justificar al Estado más que si se supone que él es un orden esencialmente diferente del Estado, opuesto a la naturaleza originaria de éste —la fuerza y el poder— y, por esta razón, un orden, en cierto sentido justo y aceptable. De tal suerte, de un simple hecho de poder o de fuerza, el Estado deviene en Estado de derecho, que se justifica por el hecho de que él realiza el derecho. En la medida en que una legitimación metafísica-religiosa del Estado pierde su eficacia —continúa Kelsen—, esta teoría del Estado de derecho deviene la única justificación posible del Estado. Esta «teoría» hace del Estado, en tanto que lo presenta como una persona jurídica, un objeto del conocimiento jurídico, un objeto de la teoría del derecho público; pero al mismo tiempo afirma, con la más intensa insistencia, que el Estado no puede ser concebido jurídicamente, porque, en tanto que poder, el Estado es una cosa esencialmente diferente del derecho. Esta enorme contradicción no le aporta ningún perjuicio: es verdad que para las teorías ideológicas las contradicciones que le son necesariamente inherentes no significan un obstáculo serio. Puesto que las ideologías no tienden a profundizar el conocimiento sino solamente a determinar la voluntad. La teoría que acabamos de discutir no se propone aprehender la esencia del Estado sino, más bien, reforzar su autoridad» (cf. Kelsen, 1991a, 290-291).

27. «Este orden parcial —susceptible de personificación— está constituido, en su primer grado, por el contrato, el cual regula la conducta recíproca que en un caso determinado han de observar ciertos hombres, y es jurídicamente obligatorio por la posición que ocupa dentro de la totalidad del orden jurídico. De él parten una serie ininterrumpida de órdenes y agrupaciones parciales de la más variada índole que desembocan —a través de la sociedad, la corporación, la asociación, la cooperativa, el municipio— en la comunidad más compleja, en el orden jurídico total: en el Estado y, más allá del Estado, en la unión de Estados, y en la comunidad jurídica internacional» (Kelsen, 1958, 87).

«estar sometido» sino en el de «estar», «ser soporte», «ser el marco del flujo variable» (Frosini, 1970, 813). Este significado de sujeto se asocia con la segunda analogía de la experiencia de Kant. El orden jurídico es un *compositum,* un complejo compuesto de entidades que cambian. El derecho no es un sistema inmóvil. A diario surgen obligaciones, derechos y facultades (*ex lege, ex contratu*) que, también cotidianamente, desaparecen. El derecho es un sistema dinámico; sufre *variaciones* constantes.

Ahora bien, si el orden jurídico supone cambios (variaciones), entonces el orden jurídico no es, propiamente, un conjunto (siempre igual a la suma de sus entidades) sino, simplemente, el *sujeto* de las sucesivas variaciones jurídicas, unitariamente consideradas. Las variaciones jurídicas (actos de creación y aplicación de normas) no se producen, necesariamente, en un momento fijo o a intermitencias regulares.

Los órdenes jurídicos no se encuentran acabados ni en reposo. Los órdenes jurídicos son una sucesión de órdenes jurídicos momentáneos.

Ciertamente, esto no agota la explicación del derecho; es necesario dar cuenta de estas variaciones. Pero ¿cómo lograr que las variaciones puedan ser descritas?

2. *La determinación de las variaciones*

Las variaciones no son aprehensibles si no se unifican en algo *permanente,* en un «sujeto» que permanezca (Tamayo, 1992, 101-109). Pues bien, la persona jurídica, la expresión de unidad de las variaciones que componen los órdenes jurídicos es, simplemente, el concepto que unifica el flujo variable de obligaciones, derechos y facultades resultado de incesantes actos de creación y aplicación.

Debemos tener presente que una persona jurídica cambia constantemente de entidades; las obligaciones se cumplen, los deberes se transmiten, se extinguen; las facultades se ejercitan. De ese modo, se requiere de un «sujeto», una persona «en el tiempo», en el que se dan la sucesión constante de órdenes jurídicos momentáneos.

3. *La persona del Estado y las variaciones jurídicas*

El derecho constituye un proceso continuo de creación jurídica, por lo que la persona jurídica no es sólo la expresión de unidad de un orden jurídico momentáneo; la persona jurídica del Estado —como cualquier persona jurídica— es el sujeto de toda la creación (y modificación) jurídica, el Estado es la expresión de unidad de las variaciones jurídicas que constituyen un orden jurídico eficaz, histórico.

Los sucesivos órdenes jurídicos momentáneos sólo se entienden en la persona del Estado. Sobre la permanencia de la persona del Estado —o de cualquier persona jurídica— se funda el concepto de la variación. La persona del Estado es, pues, el «sujeto» de las variaciones jurídicas, sujeto que, en tanto expresión de unidad, se mantiene invariable.

La persona del Estado —como cualquier persona jurídica— no es una cosa, sino una función que relaciona y unifica todos los órdenes jurídicos momentáneos que lo constituyen. En tanto que sujeto de las variaciones, el Estado es una substancia (en el sentido que la lógica trascendental da a este término)[28]. «Pero una noción de substancia —dice Kelsen— sólo debe ser utilizada teniendo presente que desde el punto de vista del conocimiento científico la substancia debe ser reducida a la función» (Kelsen, 1962, 212; cf. Bobbio, 1984, 187-215).

La persona jurídica del Estado es la expresión de unidad de un conjunto de normas jurídicas (de todas); pero, también, el sujeto que unifica todos los sistemas jurídicos de una comunidad. D3 no existe con independencia de los sistemas jurídicos momentáneos de los que es expresión de unidad; D3 es, únicamente, la suma de normas jurídicas que constituyen el orden jurídicos nacional y de sus variaciones. En suma, la *personificación* del derecho de la comunidad.

BIBLIOGRAFÍA

Abbagnano, N. (1991), *Diccionario de filosofía,* Fondo de Cultura Económica, 1103-1106.

Alonso, M. (1982), *Enciclopedia del idioma. Diccionario histórico y moderno de la lengua española (siglos XII al XX). Etimológico, tecnológico, regional e hispano americano,* Aguilar, Madrid.

Aristóteles (1926), *Meta pysica*, en H. Rockman (ed.), *Aristotle XIX: Nichomaquean Ethics*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts.

Aulo Gelio (1967-1968), *Noctium Atticarum I, II, III*, en *The Attic Nights of Aulus Gelius*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts.

Bentham, J. (1970), *Of Laws in General,* H. L. A. Hart (ed.), *The Collected Works of Jeremy Bentham. Principles of Legislation,* University of London-The Atlone, London.

Berger, A. (1968), *Enciclopaedic Dictionary of Roman Law*, The American Philosophical Society, Philadelphia.

Blázquez Fraile, A. (1985), *Diccionario latino-español. Español-latino,* Sopena, Barcelona.

Bobbio, N. (1984), *Dalla Struttura alla Funcione. Nuovi studi di teoria del diritto,* Edizione de comunità, Milano.

Boecio (1973), *Contra Eutichen* en *Theologicae tractates,* E. K. Rand y H. F. Steward (eds.), Harvard Universiy Press, Cambridge, Massachusetts.

Buckland, W. W. (1975), *A text Book of Roman Law from Augustus to Justinian,* P. Stein (ed.), Cambridge University Press, Cambridge.

28. En la lógica trascendental aquello que se mantiene y persiste es la substancia. Sobre esta permanencia de la substancia se funda la legitimidad del concepto de variación, puesto que la substancia no es más que el punto de relación de todas las variaciones posibles. La substancia constituye la expresión de unidad de las variaciones, el sujeto se mantiene invariable (cf. Kant, 1938, primera analogía).

Cicerón (1965), *De domo sua,* en *Cicero XI,* Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts.
Cicerón (1913), *De officiis,* en *Cicero...*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts.
Cicerón (1967-1968), *De oratore, en Cicero III* y *IV,* Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts.
Codex iuris Canonici.
Colin, A. y Capitan, H. L., *Cours élementaire du droit civil français.*
Dewey, J. (1938), *Logic IV, XXV*; v. e. *Lógica,* Fondo de Cultura Económica, México, 1950, 576.
Duff, P. W. (1971), *Personality in Roman Private Law,* Augustus M. Kelly, New York.
Esquivel, J. (1979), «La persona jurídica», en *Conceptos dogmáticos y teoría del derecho,* UNAM, México, 33 ss.
Facciolati, J. (1558-1887), *Totius Latinatis Lexicon.*
Ferrara, F. (1923), *Teoria delle persone giuridiche,* Eugenio Marghiere, Napoli; v. e. *Teoría de las personas jurídicas,* E. Ovejero y Maury (trad.), Madrid, Reus, 1929.
Ferrater Mora, J. (1981), *Diccionario de Filosofía,* Alianza, Madrid.
Fichte, J. G., *Wissenschaftlehre.*
Frosini, V. (1970), «Soggetto del diritto», en *Novissimo digesto italiano XVII,* Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 813.
García Máynez, E. (1989), *Filosofía del derecho,* Porrúa, México.
García Máynez, E. (1992), *Introducción al estudio del derecho,* Porrúa, México.
Gray, J. Ch. (1972), *The Nature and Sources of the Law,* Peter Smith, Gloucester, Massachusetts.
Gutiérrez-Alviz, F. (1948), *Diccionario de derecho Romano*, Reus, Madrid
Halm, C. (1863), *Rhetores latini minores.*
Hartmann, N. (1931), *Systematische Philosophie.*
Hegel, G. F. (1981), *Fenomenología del Espíritu,* W. Roses (trad.), Fondo de Cultura Económica, México.
Hegel, G. F. (1975), *Filosofía del derecho,* UNAM, México.
Heidegger, M. (1929), *Von Wessen des Grundes (Sobre la esencia del fundamento).*
Husserl, E. (1931), *Méd. Cart.*
Jones, H. E. (1971), *Kant's Principle of Personality*, University of Wisconsin Press, Madison, Wisconsin.
Kant, I. (1938), *Crítica de la razón pura,* J. de Perojo (trad.), Losada, Buenos Aires.
Kelsen, H. (1959), *Teoría general del Estado,* L. Legaz y Lacambra (trad.), Editora Nacional, México.
Kelsen, H. (1960), *Teoría Pura del derecho*, Eudeba, Buenos Aires.
Kelsen, H. (1962), *Juristische und Sociologische Staatsbegrif,* Tübingen, Scientia.
Kelsen, H. (1979a), *Teoría general del derecho y del Estado,* UNAM, México.
Kelsen, H. (1979b), *Allgemeine Theorie der Normen,* Mensche Verlags- und Universtätbuchhandlung, Wien.
Kelsen, H. (1991a), *Teoría pura del derecho,* R. J. Vernengo (trad.), UNAM-Porrúa, México.

Kelsen, H. (1991b), *General Theory of Norms,* M. Hartney (trad.), Oxford University Press, Oxford.
Lalande, A. (1968), *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Presses Universitaires de France, Paris.
Leibnitz, G. W. *Nouv. Ess.*, II.
Locke, J. (1967), *Two Treatises of Government,* P. Laslett (trad.), Cambridge University Press, New York.
Mach, E. (1925), *Contribuciones al análisis de las sensaciones,* Madrid.
Moyle, J. B. (1964), «General introduction», en *Imperatoris iustiniani institutionum, Libri quattuor*, Oxford, Oxford University Press.
Migne, J. P., *Patrología Latina,* vols. VI-VII, Paris.
Mochi, O. (1938), «Personam habere», en *Studio Besta II,* Milano, 417 ss.
Mommsen, Th. (ed.) (1894), *Monumenta germaniae historica. Auctores antiquissimi* (1877-1887), Hannoveare, Berolini, Lipsiae.
Nass, G. (1964), *Person, Persönlichkeit und juristiche Person*, Duncker & Humbolt, Berlin.
Néddoncelle (1948), «*Prosôphon et persona* dans l'antiquité clasique: Essai de bilan linguistique»: *Revue des Sciences Religieuses XXII*, 277 ss.
Nino, C. S. (1980), *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires.
Nozick, R. (1988), *Anarquía, Estado y utopía,* R. Tamayo y Salmorán (trad.), Fondo de Cultura Económica, México.
Occam, Guillermo de. *In sent.*
Orestano, R. (1978), *Azione, Diritto soggetivi. Persone giuridiche. Scienza del diritto e storia,* II Mulino, Bolonia.
Planiol, M. y Ripert, G. (1925), *Traité practique de droit civil francaise,* Librairie de Droit et Jurisprudence, Paris.
Platón, *Protágoras.*
Recaséns Siches, L. (1991a), *Filosofía del derecho,* Porrúa, México.
Recaséns Siches, L. (1991b), *Introducción al estudio del derecho,* Porrúa, México.
Schlossmann, N. (1906), *Persona und prôsophon im Recht und im christliche Dogma,* Kiel Universität Program.
Schorr von Carolsfeld (1933), *Geschichte der juristichen Person,* Mainz.
Scott, Duns, *Op. Ox.* II.
Scriche, J., *Diccionario de la Legislación y Jurisprudencia.*
Sohm, R. (1923), *Institutionen: Geschichte und System des römischen Privatrecht,* L. Mitteis y L. Wenger (eds.), Berlin; v. e. *Instituciones de derecho privado romano. Historia y sistema,* W. Roces (trad.), Editora Nacional, México, 1951-1975.
Skutsch, *archiv für Latein Lexicographie.*
Tamayo y Salmorán, R. (1992), *Elementos para una teoría general del derecho,* Themis, México.
Tomás de Aquino, *Summa theologica.*
Ulpiano, *Regulae Iuris.*
Vattimo, G. (1985), *Enciclopedia Garzanti di filosofia,* Milano.
Vernengo, R. (1976), *Curso de teoría general del derecho,* Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires.
Walker, D. M. (1980), *The Companion to Law*, Oxford University Press, Oxford.
Wittgenstein, L. (1992) *Tractatus-Logico-Philosophicus,* Oxford.
Wolff, Christian. *Ont.*

DEBER JURÍDICO

Juan Carlos Bayón

I. INTRODUCCIÓN

Acaso el problema central de la teoría jurídica no sea otro que el de la normatividad, obligatoriedad o fuerza vinculante del derecho, lo que a mi juicio es tanto como decir el de la relación entre el derecho y la moral, por un lado, y entre el derecho y el poder coactivo, por otro. El modo en que dicho problema quede resuelto —ya sea postulando una obligatoriedad específicamente jurídica o, por el contrario, reduciéndola bien a razones de carácter moral, bien al mero estar expuesto al poder coactivo estatal— se constituye por tanto en verdadera seña de identidad y principio organizador de cualquier teoría del derecho. La discusión en torno al concepto de deber jurídico enlaza además ese problema fundamental con el de la individualización, estructura y tipología de las normas jurídicas; y, en tanto que modalidad o posición normativa más elemental, el concepto de deber jurídico opera también como término primitivo dentro de la teoría de las situaciones jurídicas subjetivas, entendidas como posiciones normativas complejas.

La idea de un deber específicamente jurídico, derivado meramente de las normas jurídicas positivas e independiente por completo de cualquier deber que resulte de principios y reglas morales, sólo toma auténtico cuerpo cuando se asienta la distinción conceptual entre el derecho que es y el derecho que debería ser, esto es, cuando se difunde la mentalidad propia del positivismo jurídico. Esa idea es bien distinta de la de un deber jurídico como mera subclase del deber moral, a saber, como el deber moral de cumplir un precepto positivo de la autoridad política, que era fundamentalmente la que la filosofía jurídica anterior tenía en su agenda. Es cierto, no obstante, que ya Thomasius había contrapuesto el deber jurídico como *obligatio externa* al deber moral como *obligatio interna*. Pero esa distinción entre fuero externo y fuero interno, que

como es notorio habremos de encontrar después en Kant, tiene un alcance distinto del meramente conceptual y se encamina en realidad hacia un propósito abiertamente normativo: poner a resguardo las conciencias individuales erigiendo un límite a la acción legítima del poder estatal, insistiendo en que no es misión del derecho someter la vida interior de los individuos, sino sólo sus acciones exteriorizadas (cf. Laporta, 1993, 46-47). La discusión en torno a la idea de un deber *jurídico*, por tanto, se plantea sólo en sentido estricto cuando se asume la separación conceptual entre el derecho y la moral, esto es, como discusión dentro del marco genérico de una concepción iuspositivista.

II. LA SEPARACIÓN ENTRE EL DERECHO Y LA MORAL Y LOS ENUNCIADOS DE DEBER COMO ENUNCIADOS EMPÍRICOS

Que el derecho y la moral tengan un vocabulario básico en común («derechos», «deberes», «responsabilidad», «culpa»...) sugiere quizá que hay alguna clase de conexión entre las exigencias que nacen de normas jurídicas positivas y las que proceden de reglas morales; o, por lo menos, puede propiciar el que esas dos clases de exigencias tiendan a ser concebidas como especies de un mismo género. Por otro lado, al aludirse en el modo de hablar usual de los juristas a la «creación», «existencia» o «extinción» de deberes, parece que se está haciendo referencia a sucesos que tienen lugar en un mundo suprasensible poblado por misteriosas y peculiares entidades, lo que con frecuencia ha llevado al pensamiento jurídico tradicional a concebir nebulosamente los deberes como vínculos de la voluntad de naturaleza espiritual o inmaterial.

Los primeros análisis del concepto de deber jurídico dentro de la tradición positivista —desde la jurisprudencia analítica inglesa al realismo americano y, con mayores matices, escandinavo— estuvieron impulsados, precisamente, por el decidido afán de combatir y desterrar esas dos ideas. Su objetivo, por tanto, consistió en analizar los términos fundamentales del vocabulario jurídico —como «deber»— despojándolos de cualquier resonancia o adherencia del lenguaje moral; y en anclarlos en la realidad, explicándolos sin recurrir a oscuras nociones metafísicas incompatibles con la gnoseología empirista que profesaban.

Ese doble objetivo propició una forma de análisis característica en la que los enunciados de deber jurídico (esto es, los enunciados como «los S tienen el deber jurídico de hacer *p*») son considerados como equivalentes o traducibles a enunciados empíricos en sentido estricto, es decir, a enunciados descriptivos de hechos que han tenido, tienen o probablemente tendrán lugar. Con arreglo a un análisis semejante, afirmar la existencia de un deber jurídico no implicaría compromiso ontológico de ninguna clase con un mundo fantasmal de entidades suprasensibles; y encajaría sin violencia alguna en un discurso de «jurisprudencia expositiva», es decir, meramente descriptivo del derecho *como es*, sin que ello

sugiriera de ningún modo que hay necesariamente alguna razón moral para hacer lo jurídicamente debido.

Desde el punto de vista metodológico, es Bentham quien sienta las bases de esta forma de análisis con su teoría de las ficciones que se eliminan mediante paráfrasis. La idea esencial es que términos como «deber» carecen de referencia, no son (aunque lo parezcan) el nombre de alguna entidad denotada por ellos; pero los enunciados en que aparecen no carecen de sentido, se usan con naturalidad para hacer afirmaciones acerca del mundo y en determinadas circunstancias son verdaderos. Para establecer ese sentido, por tanto, habría que reemplazar esos enunciados por otros en los que el término en cuestión no aparezca y que no obstante sean verdaderos en los mismos casos (cf. Hart, 1982, 128-131; Moreso, 1992, 206-210). Alcanzada satisfactoriamente esa forma de traducción, podría pensarse incluso —como llegaron a sugerir Holmes, Lundstedt (cf. Olivecrona, 1968, 27) o el mismo Ross (1963, 154)— en dejar de utilizar el problemático término «deber» (tan capaz, por sus resonancias morales, de propiciar la confusión), sustituyéndolo sistemáticamente en todos sus contextos de uso por la paráfrasis lógicamente equivalente; o, como mucho, si esa sustitución sistemática resultara demasiado engorrosa para ser viable, en conservarlo pero a condición de ponerlo mentalmente entre paréntesis y de no olvidar nunca la verdadera idea a la que, por meras razones de conveniencia, estaría reemplazando.

Hay muchas variantes posibles de esta estrategia analítica básica, dependiendo de cuáles sean las distintas clases de hechos que se suponga que operan como condiciones de verdad de los enunciados de deber. Con todo, los caminos recorridos con mayor frecuencia en la teoría del derecho han sido dos: el psicologista y el predictivista. Para la variante *psicologista*, los hechos cuya existencia efectiva determina la verdad de un enunciado de deber son cierta clase de *estados mentales*. Para la variante *predictivista*, los hechos cuya existencia probable determina la verdad de un enunciado de deber son cierta clase de *acciones externas*: en particular, conductas consistentes en el uso del poder coactivo.

Con arreglo a la tesis *psicologista*, que una conducta sea jurídicamente obligatoria querría decir simplemente que en relación con ella se experimentan de hecho sentimientos de constricción o compulsión. La defensa más enérgica de este punto de vista es seguramente la llevada a cabo por la que suele denominarse Escuela de Uppsala (cf. Hierro, 1981). Para autores como Hägerström o Lundstedt, radicalmente antimetafísicos, la única contrapartida empírica del concepto de deber son ciertos sentimientos subjetivos de presión que —a resultas de nuestra exposición continuada a la fuerza que despliega la maquinaria estatal, y como residuo de ideas primitivas acerca de vínculos sobrenaturales manipulables por medios mágicos— suscita la mera proferencia de los imperativos jurídicos. A resultados no muy dispares, aunque desde planteamientos muy distintos, acaban conduciendo también algunas de

las versiones de la «teoría del reconocimiento», en especial las llamadas «teorías del reconocimiento *general*» (Merkl, Jellinek), en la medida en que hacen consistir la obligatoriedad del derecho en el hecho de la aceptación generalizada de sus normas (o al menos de algunas que ocupan entre ellas una posición central), lo que no es, a fin de cuentas, más que un conjunto de estados mentales (un dato, por tanto, estrictamente empírico).

Con arreglo a la tesis *predictivista*, que una conducta sea jurídicamente obligatoria querría decir que es probable que quien realice la conducta opuesta sufra alguna clase de castigo o sanción. Es usual, a partir del ya clásico análisis crítico de Hart, encuadrar entre quienes han sostenido esta tesis predictivista o probabilista a autores como Bentham y Austin (cf. Hart, 1958; y 1982, 132-138). No obstante, esta adscripción quizá sea discutible (sobre la presencia de más de una teoría de la obligación en Bentham, cf. Hacker, 1973; contra la atribución a Bentham de la teoría predictiva, cf. Moreso, 1992, 210-214). Más seguro resulta atribuir esta tesis a Holmes, Geiger, o incluso, ya a mediados de nuestro siglo, a algunos autores (como Bohnert, 1945, o Anderson, 1958) que intentaron reducir la lógica deóntica a un sistema de lógica modal alética, entendiendo —como antes había hecho Geiger— que un enunciado como «S debe hacer *p*» equivale a la disyunción «S hace *p* o S será sancionado». Conviene destacar, por cierto, que una formulación literal como ésta hace a la teoría del todo implausible, puesto que implica que no es verdad que «S debe hacer *p*» si S no hace *p* y, sin embargo —por el motivo que sea—, no es sancionado (ésta es de hecho una de las críticas, si bien no la fundamental, que Hart dirige a la teoría predictiva: cf. Hart, 1982, 135). El inconveniente queda obviado, sin embargo, si se explicita el componente probabilista sobreentendido en aquella fórmula y característico de esta teoría: porque entonces, a menos que se malinterprete por completo la naturaleza de los enunciados de probabilidad, queda claro que el acaecimiento final de un evento distinto del considerado probable no desmiente la aserción acerca de la probabilidad *ex ante* de dicho evento (y ello hace, como señaló Gavazzi [1966], que al menos este reproche a la teoría predictiva no esté justificado).

La estrategia analítica básica consistente en concebir los enunciados de deber jurídico como equivalentes o traducibles a enunciados descriptivos de alguna clase de *hechos* puede desarrollarse, ciertamente, de otros muchos modos. Cabe, por ejemplo, combinar los dos anteriores y afirmar —como hace Ross, 1958, 154, 156; 1971, 83-86, 119— que la obligatoriedad jurídica de una conducta no consiste sólo en la probabilidad de ciertas consecuencias dañosas en el caso de que se realice la conducta opuesta, sino además en los hechos —psicológicos— de que la reacción sea vivida o sentida como desaprobación y de que quienes la aplican lo hagan precisamente porque subjetivamente se sienten vinculados a hacerlo. Y también puede seguirse algún otro camino entera-

mente diferente, sosteniendo, por ejemplo, que el hecho cuyo acaecimiento opera como condición de verdad de un enunciado de deber jurídico es simplemente el haberse emitido una prescripción por parte de alguien en quien concurren ciertos atributos distintivos de naturaleza también empírica.

Ahora bien, para valorar críticamente esta estrategia analítica, en cualquiera de sus variantes posibles, hay que aclarar cuál es exactamente el alcance de sus pretensiones: hay que aclarar, en concreto, si pretende brindarnos un análisis satisfactorio de *cualquier* enunciado de deber jurídico o sólo de *una cierta clase* de ellos.

Entre los filósofos del derecho y de la moral es ya un lugar común la idea de que los enunciados de deber en general (y los de deber jurídico —como «los S tienen el deber jurídico de hacer *p*»— en particular) son típicamente *ambiguos*. La forma exacta en la que habría que dar cuenta de esa ambigüedad, no obstante, no sólo es objeto de discusión, sino que se plantea en ocasiones de manera notablemente confusa. Pero, a grandes rasgos, se trata de lo siguiente. Algunos de esos enunciados expresan juicios prácticos o genuinamente normativos: con ellos se manifiesta la aceptación de una norma —y quizá se destaca que le es aplicable a alguien— de la que se hace uso para justificar, exigir o criticar acciones y decisiones. Otros, por el contrario, expresan lo que suele llamarse «proposiciones normativas», es decir, juicios descriptivos del hecho de que cierta norma existe o de que cierta clase de acciones tiene una determinada calificación deóntica con arreglo a cierto sistema normativo. A diferencia de los anteriores, estos últimos son susceptibles de verdad o falsedad, y la creencia en su verdad no implica ninguna clase de actitud práctica por parte del hablante. La distinción de Kelsen entre *Rechtsnorm* y *Rechtssatz* (a pesar de la confusión que introduce su calificación de los segundos como «juicios de deber ser en sentido descriptivo»); la de Hedenius entre enunciados normativos «genuinos» y «espurios»; la de Hare entre enunciados de deber en sentido propio y «entrecomillados»; y, por supuesto, la ya clásica de Hart entre enunciados desde el punto de vista interno y desde el punto de vista externo (aunque su definición del punto de vista interno quede lastrada por la mezcla de elementos cognitivos y volitivos, o califique por igual como enunciados externos algunos de muy diversa naturaleza), son otros tantos modos de reflejar, con mayor o menor precisión y fortuna, la diferencia básica aludida, que, por cierto, no le pasó desapercibida a Bentham (cf., sobre todo ello, la excelente exposición de Bulygin, 1982). Sin adentrarnos en los densos problemas teóricos que rodean a los pormenores de esta distinción, podemos convenir en llamar a los enunciados de deber jurídico del primer tipo «normativos» o «internos»; y a los del segundo, «descriptivos» o «externos».

Si se tiene en cuenta esta duplicidad, está claro que la estrategia analítica consistente en concebir *cualquier* enunciado de deber jurídico (y por tanto también los internos) como un enunciado *descriptivo* de

alguna clase de *hechos*, está condenada al fracaso *en todas sus variantes* —es decir, cualquiera que sea la clase de hechos en la que fije su atención—, puesto que supondría una reducción inaceptable de un juego de lenguaje normativo a un juego de lenguaje empírico. En la teoría jurídica contemporánea, pocos han insistido en la denuncia de ese reduccionismo con el vigor con que lo hizo Kelsen, que subrayó con firmeza que la conexión que el derecho establece entre el ilícito y la sanción es *normativa*, no fáctica o causal (cf. Kelsen, 1949, 199). Y esta misma es en el fondo, junto a otras más accesorias o que se mueven en un nivel diferente, la crítica central de Hart a la teoría del deber jurídico de Bentham (cf. Hart, 1982, 144-145; la misma idea, criticando cualquier variante de lo que llama «enfoque naturalista», en Olivecrona, 1968, 14-15). En suma, lo que la teoría jurídica acepta hoy sin discusión es que los enunciados de deber jurídico normativos o internos no pueden ser analizados como enunciados empíricos descriptivos de ninguna clase de estados mentales ni acciones o estados de cosas pasados, presentes ni futuros; y que entenderlos como tales distorsiona por completo el sentido en que son usados (de manera que, por mencionar algunos de los argumentos que ya se han tornado clásicos, el que usa un enunciado interno de deber jurídico no presenta la transgresión de éste meramente como un fundamento para la predicción de que se impondrá una sanción, sino como una razón que justifica hacerlo; ni hace referencia a la presencia en el sujeto obligado de ciertas creencias o motivos, puesto que justificar o criticar sus acciones apelando a un deber jurídico —para lo cual no considera necesaria ni suficiente la concurrencia de aquellos estados mentales— es algo sustancialmente distinto de dar cuenta de que alguien se encuentra en la clase de situación que concurre, por ejemplo, cuando se ve expuesto a la amenaza de un asaltante).

Dentro de la tradición positivista, sin embargo, no es fácil determinar qué autores han incurrido verdaderamente en esta clase de error. Al menos, en algunos casos —como en los de Bentham o Austin, y a pesar de la opinión en contrario de Hart—, no es del todo inverosímil entender, más bien, que su único interés radicaba en analizar los enunciados de deber jurídico a través de los cuales se pretende meramente describir, tal y como es, el derecho de una determinada sociedad —es decir, los enunciados que se formulan en un discurso de «jurisprudencia expositiva»— y no, en modo alguno, aquellos otros con los que operadores jurídicos o ciudadanos en general justifican o critican conductas apelando al derecho. Si esto es cierto (cf. una defensa de esta idea en Bulygin, 1982, 141-142), su análisis puede pecar de incompleto —por no aclarar la naturaleza de los enunciados normativos o internos—, pero no de incurrir en el error reduccionista que usualmente se les imputa. Porque su estrategia de analizar los enunciados de deber jurídico como enunciados empíricos sólo pretendería ser correcta en relación a los enunciados *externos*; y para todo el que mantenga la tesis

iuspositivista de las fuentes sociales del derecho, la afirmación de que los enunciados *externos* de deber jurídico son lógicamente equivalentes a enunciados descriptivos de ciertos hechos sociales, es necesariamente correcta *en alguna* de sus variantes.

Que lo sea en alguna de sus variantes no implica, naturalmente, que lo sea en cualquiera de ellas. Si la realidad de ciertos hechos no es condición necesaria y suficiente de la verdad de un enunciado externo de deber jurídico —tal y como éstos son efectivamente usados en discursos descriptivos acerca del derecho—, entonces una tesis que postule que este tipo de enunciados son lógicamente equivalentes a otros que describen precisamente aquella clase de hechos, es inapropiada. Por esta razón resultan inadecuadas —en tanto que análisis de los enunciados *externos* de deber— tanto la tesis psicologista como la predictivista: para que sea verdad que «los S tienen el deber jurídico de hacer *p*», ni se requiere ni basta la presencia de ciertos estados mentales asociados a la opción de realizar *p,* ni la probabilidad de sufrir una reacción adversa en caso contrario. En realidad, sólo parece apropiada la tesis según la cual un enunciado *externo* como «los S tienen el deber jurídico de hacer *p*» es verdadero, en relación con un sistema jurídico SJ, cuando es el caso que pertenece a SJ una norma que prescribe a los S la realización de *p*. Esta respuesta, naturalmente, presupone que predicar de la norma que prescribe *p* su pertenencia al sistema, tiene que equivaler a constatar que tienen o han tenido lugar ciertos hechos sociales complejos *y nada más que a eso*, puesto que de lo contrario dejaría de ser sostenible el análisis de los enunciados externos de deber jurídico como enunciados estrictamente empíricos. Y ello suscita una serie de dificultades suplementarias.

Antes de abordarlas, en cualquier caso, conviene insistir en la necesidad de mantener bien diferenciados los dos niveles de crítica examinados: una determinada teoría del deber jurídico (como, por ejemplo, la teoría predictivista) puede ser inapropiada *sólo* por ofrecer un análisis poco convincente de los enunciados externos de deber, *cuando no pretende más que eso*; o, además, si verdaderamente lo pretende también, por concebir los enunciados internos de deber como enunciados empíricos (de un cierto tipo). En este último caso es inapropiado analizarlos como enunciados empíricos *de cualquier clase*; en el anterior, sólo era inapropiado analizarlos como enunciados empíricos *de esa clase*. Pero se trata de dos errores completamente independientes, así que la imputación de ambos a quien sólo incurra en uno de ellos es inmerecida.

III. DEBER Y SANCIÓN

La afirmación de que un enunciado *externo* como «los S tienen el deber jurídico de hacer *p*» es verdadero cuando pertenece al sistema una norma que exige esa conducta, plantea, al menos, dos problemas teóricos

distintos. El primero, que nos remite a una discusión que aquí no puede ser abordada, es el de aclarar en qué consiste y cómo se determina la *pertenencia* de una norma a un sistema jurídico. Si se entiende que la relación de pertenencia se traduce meramente en el acaecimiento de una serie de hechos sociales complejos, puede mantenerse el análisis de los enunciados externos de deber jurídico como puros enunciados empíricos. Pero eso no es posible si, como Dworkin, se sostiene que la existencia de un deber jurídico también puede venir dada por una «constelación de principios» cuya identificación como parte del derecho no es una mera cuestión de hecho (como tampoco lo sería su ponderación, sin la cual no sería posible identificar en concreto los deberes jurídicos que resultarían de dicha «constelación»: cf. Dworkin, 1984, 100).

El segundo problema, mucho más cercano a lo que aquí se discute, es el de la *individualización* de las normas que componen el sistema. Identificada la totalidad de un sistema jurídico —y resuelto por tanto de alguna manera el problema de la pertenencia—, una teoría de la individualización ha de determinar cuál es el modo apropiado de descomponer ese material normativo global en unidades independientes; de cuántos tipos irreductiblemente distintos serían esas unidades y qué estructura interna tendrían en cada caso; y con arreglo a qué criterios fragmentos determinados del discurso del legislador habrían de ser reconocidos como expresivos de una o más de aquellas unidades y, precisamente, de alguno de los tipos aludidos y no de otro (cf. Raz, 1970, 70-77).

Trasladado todo ello a lo que aquí nos interesa, este segundo problema no es ya el de cuándo se puede decir que *pertenece* al sistema una norma que prescribe *p*, sino el de cuándo cabe afirmar que *prescribe p* una norma que pertenece al sistema (esto es, cuándo se puede decir que la norma identificada como miembro del sistema es precisamente una norma que impone el deber de *p*). Y la contestación no siempre es sencilla, especialmente si se tiene en cuenta que el término «deber» —o sus análogos— se utiliza menos en el propio lenguaje del legislador que en los discursos metalingüísticos con los que se describe el derecho vigente, en los que designa precisamente un tipo de situación que se entiende que ha producido la existencia de alguna norma jurídica.

Una respuesta posible a la pregunta por los criterios de individualización de los deberes que impone el derecho es la que apela a la idea de *sanción*. El exponente prototípico de esta tesis en la teoría jurídica contemporánea es, sin duda, Kelsen. Kelsen admite sin reserva que decir que una persona tiene el deber jurídico de comportarse de un cierto modo equivale a decir que es válida una norma que prescribe ese comportamiento; pero añade de inmediato —y es lo que ahora interesa— que sólo cabe decir que el derecho prescribe un comportamiento (y lo califica por tanto como deber jurídico) cuando en presencia de un comportamiento opuesto estatuye como debida una sanción (cf. Kelsen, 1949, 69; 1981, 67, 129, 140; 1979, 108, 115). El concepto de deber

queda definido a partir del de sanción: porque sólo la presencia de sanciones permite individualizar otras tantas normas que imponen deberes.

El concepto de sanción ha desempeñado un papel prominente en muchas teorías del deber jurídico (cf. Hacker, 1973), lo que es fácil de explicar si se tiene en cuenta que en la mentalidad común de los juristas, aunque sea de forma poco articulada, seguramente encuentra fácil acogida la intuición de que el rasgo que libera a la idea de deber jurídico tanto de oscuridades metafísicas como de inadecuadas confusiones con la moral, es precisamente la exposición al poder coactivo estatal. Pero conviene subrayar que esas teorías difieren entre sí notablemente y, con frecuencia, apenas comparten algo más que la mera referencia —hecha desde perspectivas y con propósitos muy dispares— a la idea de sanción. La que ahora se examina (ejemplificada en Kelsen, pero que quizá no ande muy lejos de la que, al menos en algunos momentos, realmente pretendió defender Bentham: cf. Moreso, 1992, 210-214) no propone la interpretación de los enunciados internos de deber jurídico como enunciados empíricos de ninguna clase, ni sostiene que la clase de hecho que opera como condición de verdad de los enunciados externos de deber es la imposición probable de sanciones; lo que sostiene es que la clase de hecho relevante para la verdad de esos enunciados externos es la pertenencia al sistema de normas que imponen deberes, en combinación con una tesis determinada acerca de la individualización de dichas normas que es independiente de la idea anterior y que, por lo tanto, *se acepta por separado*.

Esta teoría de la individualización de los deberes a partir de las sanciones ha sido criticada a veces con argumentos escasamente convincentes. No sirve de mucho, por ejemplo, alegar en su contra que en los sistemas jurídicos que conocemos suele haber *de hecho* deberes sin sanción (como ocurriría, en los niveles jerárquicamente superiores del ordenamiento, con algunas exigencias de conducta dirigidas a las más altas instituciones del estado). Porque la tesis ahora examinada no es de carácter empírico, sino *conceptual*: no versa acerca de lo que hay, sino acerca del marco conceptual apropiado para construir nuestra representación de lo que hay. Y rechazaría por tanto este tipo de objeción afirmando, simplemente, no que de hecho no se formulen aquellas exigencias no respaldadas por sanciones, sino que no darían lugar a lo que se está alegando que merecería ser llamado con propiedad deberes jurídicos.

Por eso mismo podría parecer más prometedor otro argumento en su contra que, al menos, sí se sitúa en el nivel de discusión adecuado, puesto que no alega que como cuestión de hecho *haya* deberes sin sanción, sino que, como cuestión de *lógica*, *tiene que haberlos* en un sistema *finito* de normas. El argumento, muy conocido (cf., por ejemplo, Ross, 1971, 87-88), es éste: si una conducta es jurídicamente debida cuando una norma establece que en caso de comportamiento contrario debe imponerse una sanción, habrá que reconocer —según la tesis criticada— que este deber de sancionar implica la existencia de otra nor-

ma que establezca el deber de imponer otra sanción en el supuesto de que la primera sanción no haya sido impuesta cuando correspondía hacerlo; y así *ad infinitum*. Luego en un sistema normativo *finito* tendrá que haber necesariamente algún deber último sin sanción.

Este «argumento de la serie infinita de sanciones», sin embargo, tampoco es convincente. Para sortearlo, la teoría de la individualización de los deberes a partir de las sanciones dispone de dos escapatorias posibles. La peor es claramente la que postula Kelsen: que para sostener que una conducta es debida jurídicamente no hace falta que exista a su vez el deber jurídico *en sentido estricto* de imponer una sanción en caso de un comportamiento opuesto (lo que, según Kelsen, sí implicaría una cadena infinita de deberes de imponer sanciones ulteriores), sino que basta con que, para dicho caso, una norma «estipule», «establezca» o «determine» la imposición de la sanción (Kelsen, 1949, 70). La réplica de Kelsen, en suma, sólo elude la conclusión de que en un sistema normativo finito ha de haber algún *deber no sancionado,* al precio de admitir que ha de haber en él alguna *sanción no debida* (en sentido estricto), sino meramente «estipulada» o «establecida». Pero con esa respuesta la calificación deóntica de la conducta consistente en imponer esa sanción última queda envuelta en la más absoluta oscuridad; y si se replica que se trata de una conducta meramente *autorizada* al órgano competente para imponerla, el resultado es demasiado contraintuitivo como para poder aceptarlo.

Mucho más sólida es, en cambio, la réplica de Hart (1983, 170-173): es perfectamente concebible una norma que —como ocurre con la norma penal que tipifica y hace punible la prevaricación del juez— establezca el deber de sancionar la transgresión de una serie de deberes entre los que se incluye *ese mismo deber de sancionar* que la norma en cuestión estatuye. Y, de ese modo, la presunta cadena hacia el infinito puede quedar impecablemente cortada por una norma que prescriba una sanción para el caso de la violación de otras normas *y de sí misma* (y que, como tal, es *sólo parcialmente* autorreferente, con lo que no se ve envuelta en la clase de paradoja a la que daría lugar una autorreferencia *plena*).

El inconveniente fundamental de la teoría de la individualización de los deberes a partir de las sanciones hay que buscarlo entonces por otros derroteros. Si fuese la prescripción de una sanción la que nos permitiera identificar un supuesto de imposición de un deber, entonces esa tesis presupondría que, entre todas las consecuencias jurídicas asociadas a la realización de una conducta y que normalmente son indeseables desde el punto de vista del agente, tendría que ser posible identificar cuáles de ellas son sanciones sin que esa identificación dependiera precisamente de considerarlas respuestas a la transgresión de un deber. Porque, en ese caso, el concepto primitivo sería precisamente el de deber y no el de sanción, lo que es tanto como decir que no identificaríamos los deberes a partir de las sanciones, como postula la tesis kelseniana, sino justamente al revés.

Esa identificación independiente de las sanciones, sin embargo, no parece posible (como ha señalado Hart, 1983, 299-300; cf. también Ross, 1963, 154; y 1971, 86, 119). Muchos enunciados del discurso del legislador presentan externamente una estructura con arreglo a la cual si alguien realiza una conducta C, entonces cierto órgano O debe dictar una decisión D, cuya aplicación será vista normalmente como un *coste* por quien realice C (y que, como tal coste, tendrá sobre él alguna capacidad de disuasión, mayor o menor). Pero el contenido de D puede ser calificado de muchas maneras y sólo a veces es el propio legislador el que expresamente efectúa esa calificación. Cuando no lo hace, entender que el contenido de D es una sanción (por ejemplo, una multa) y no —*lato sensu*— un «precio» (como una tasa, una carga...), depende precisamente de que *presupongamos* que C es una conducta que el derecho prohíbe, no una que reputa lícita. Incluso si las consecuencias previstas en uno y otro caso tuvieran exactamente la misma capacidad disuasoria —y la distinción pudiera por tanto parecer irrelevante desde la perspectiva de un cálculo estrictamente prudencial—, la distinta calificación deóntica de C puede resultar decisiva, por ejemplo, a la hora de determinar si está prohibido o permitido *impedir a otro* que realice C. Pero de todo ello se desprende que la teoría de la individualización de los deberes a partir de las sanciones resulta inadecuada. Cómo haya de realizarse, a partir del material normativo en bruto, la individualización de las normas que imponen deberes dentro de un sistema jurídico es, en sentido estricto, un *problema interpretativo;* y, como tal, su resolución depende tanto de convenciones lingüísticas como de presuposiciones valorativas. Pero lo que parece claro, en cualquier caso, es que no calificamos cierta conducta como debida porque la conducta opuesta lleve aparejada la imposición de un coste, sino que calificamos la imposición de un coste como sanción precisamente en la medida en que la consideremos como respuesta o reacción a la transgresión de un deber.

IV. DEBER Y OBLIGACIÓN

En muchos contextos las expresiones «deber jurídico» y «obligación jurídica» se usan con naturalidad como perfectamente equivalentes. Hay, sin embargo, quienes encuentran una diferencia notable entre esos conceptos y mantienen además que en el ámbito jurídico sólo puede hablarse con propiedad de «obligaciones», no de «deberes». El argumento suele presentarse de un modo bastante confuso, pero parece tener en mente el tipo de distinción que mediaba en el derecho romano entre las ideas de *debitum* y *obligatio*, o entre *Schuld* y *Haftung* en el derecho germánico. En síntesis, la «deuda» sería un mero «deber-hacer» —algo que se entiende que tendría su asiento más adecuado en el terreno de la moralidad—, mientras que la genuina obligación consisti-

ría en un «ser-responsable», entendido como situación de sumisión o sujeción a un poder coactivo. El argumento se redondearía con la pretensión de que el derecho no genera deberes, sino obligaciones; esto es, que en sentido estricto jurídicamente no «se debe», sino que meramente «se es responsable». Lo que equivaldría a sostener, se sea o no consciente de ello, que la obligatoriedad o fuerza vinculante del derecho no consiste en otra cosa que en quedar expuesto al poder coactivo estatal.

Este modo de construir la diferencia entre las ideas de deber y obligación, sin embargo, puede ser criticado desde dos flancos con argumentos que ya han sido mencionados: como análisis de los enunciados normativos o internos de deber, sería inaceptable, por cuanto equivaldría a concebirlos como enunciados empíricos. Como análisis de los enunciados descriptivos o externos de deber, o bien equivaldría a la teoría predictivista, o bien implicaría dar por buena la teoría de la individualización de los deberes —o, para el caso, de las «obligaciones»— a partir de las sanciones. En cualquier caso, esta tesis parece ser el fruto de dos prejuicios. El primero, que el derecho sólo motiva las conductas alterando el cálculo prudencial de sus destinatarios —es decir, asociando consecuencias favorables o desfavorables a determinados comportamientos—, y no también por el simple hecho de marcar pautas de conducta a sujetos que aceptan razones para cumplir lo que el derecho exige, con independencia de cuáles sean las consecuencias de ello desde el punto de vista prudencial (lo que, por cierto, desemboca en graves dificultades a la hora de explicar la actitud hacia el derecho de los funcionarios del sistema). El segundo, que cualquier intento de explicar la normatividad jurídica en términos distintos de la mera exposición al poder coactivo está llamado a propiciar la confusión conceptual entre el derecho y la moral.

La superación de esos prejuicios pasa por ofrecer un análisis convincente de los enunciados de deber normativos o internos. Antes de abordar esa cuestión, no obstante, es posible adoptar otra perspectiva completamente diferente desde la cual sí tendría sentido distinguir entre deber y obligación, en tanto que conceptos jurídicos con *diferente nivel de complejidad*. A partir de las contribuciones, ya clásicas, de Hohfeld (1968) y Ross (1963, 155 ss; 1971, 112 ss) se da por sentado que los conceptos básicos a través de los cuales identificamos distintas clases de situaciones jurídicas subjetivas deben ser analizados como meros vehículos lingüísticos para la expresión sintética del contenido de normas del sistema, entre las que median conexiones de diversos tipos y no, como hacía el pensamiento jurídico tradicional, desde un esencialismo metafísico que llevaba a pensar, por ejemplo, que expresiones como «derecho subjetivo» servían para nombrar una categoría unitaria definible en términos de alguna idea central identificable con independencia de cuál fuese, en concreto, el contenido de las normas del sistema jurídico al que iban referidos.

Un enfoque como el de Hohfeld o Ross presupone que entre los conceptos que expresan distintas clases de situaciones jurídicas subjetivas hay una relación de interdefinibilidad; que, entre ellos, algunos son

primitivos, puesto que sirven para la definición de los demás; y que, por lo tanto, todas las situaciones jurídicas subjetivas a las que alude el vocabulario jurídico básico pueden ser analizadas bien como posiciones o modalidades normativas *elementales*, bien como modalidades normativas *complejas*, es decir, como diferentes clases de *conjunciones* de modalidades normativas elementales. Como estas modalidades elementales se relacionan entre sí en términos de negación y correlatividad, entre ellas habría de ser posible aislar aún alguna categoría fundamental a partir de la cual podrían ser definidas el resto. Ross sostuvo, efectivamente, que todas las modalidades pueden quedar reducidas a términos de deber, «la categoría directiva fundamental en la que cualquier norma puede ser expresada» (Ross, 1963, 156; 1971, 112). Naturalmente, esa afirmación sólo es posible si, como Ross (1971, 113), se sostiene que las normas de competencia son reductibles a normas de conducta, ya que de lo contrario necesitaríamos no una, sino al menos dos categorías últimas o irreductibles (deber y poder normativo). Esta idea, sumamente polémica, no puede ser abordada aquí (cf. una buena exposición de las principales concepciones acerca de las normas de competencia en Mendonça, 1992). Pero, con independencia del modo en que se resuelva esa cuestión, la línea de análisis apuntada puede servir para postular una diferencia plausible entre «deber» y «obligación».

Por «deber» habría que entender la modalidad o posición normativa *más elemental*. Una conducta debida sería simplemente una conducta prescrita o exigida por una norma de conducta, esto es, calificada deónticamente por ella como no opcional; y «tener un deber» no consistiría sino en ser destinatario de una norma semejante. Por «obligación» se podría entender, en cambio, alguna clase de modalidad o posición normativa *compleja*. Por ejemplo (como propone Capella, 1968, 233), la determinada por la conexión entre una norma N1 que prescribe una conducta a un agente A1 y otra norma N2 que prescribe a cierto órgano aplicar una sanción a A1 si transgrede N1 (de manera que una «obligación» implicaría la combinación de *dos* «deberes»). O, también —y sin duda ello se acerca mucho más al uso ordinario del vocabulario jurídico—, el tipo de situación jurídica subjetiva que corresponde como correlativa a un derecho patrimonial *in personam* (de manera que una «obligación» sería una posición normativa compleja integrada, según los casos, por diferentes combinaciones de «deberes» y —suponiendo que no sean a su vez reductibles a «deberes»— situaciones de poder normativo —y correlativa sujeción— o ausencia del mismo).

V. LOS ENUNCIADOS DE DEBER COMO ENUNCIADOS NORMATIVOS Y LA ESTRUCTURA DEL RAZONAMIENTO JURÍDICO JUSTIFICATORIO

En los últimos años se ha suscitado un vivo debate acerca de la naturaleza de los enunciados normativos o internos de deber jurídico, es de-

cir, de aquellos que expresan genuinos juicios prácticos y que operan como premisas de razonamientos jurídicos justificatorios de acciones y decisiones. Lo que se discute en el fondo de ese debate es la propia naturaleza de las normas y su relación con las razones para actuar, así como la posibilidad de aislamiento o cierre del discurso jurídico justificatorio frente al discurso moral general. Aunque aquí el problema no puede ser explorado en toda su complejidad (cf., en este volumen, «Normatividad del derecho»), es posible delinear a grandes rasgos dos posturas fundamentales al respecto.

La primera de ellas (cf. Bulygin, 1991, 273-275; Moreso, Navarro y Redondo, 1992, 249-257; Caracciolo, 1994) arranca de la idea de que para justificar acciones es preciso *usar* una norma, lo que es tanto como decir que no basta en modo alguno con *mencionarla*, con formular una aserción acerca del hecho de que la norma existe. La idea de «usar» una norma, sin embargo, no es aún lo bastante precisa: porque también «usa» una norma, en algún sentido, quien reflexiona hipotéticamente acerca de qué acciones estarían justificadas a la luz de esa norma sin comprometer en ello su aceptación efectiva de la misma. Por tanto, «justificar», en sentido estricto, implicaría usar una norma que efectivamente *se acepta*, entendiendo que «aceptar una norma» no es sino adoptarla como razón justificativa para la acción.

El siguiente paso, en este primer modelo teórico, vendría dado por la idea de que una norma puede ser aceptada por razones de diferentes clases (como sostuvo Hart, 1982, 256-257). Si la aceptación es en definitiva un acto —mental o interno—, entonces podría haber razones para *ese* acto del mismo modo que puede haberlas para cualquier otro. Y aquí la idea central sería que la razón que uno pasa a tener a resultas de aceptar una norma no tiene por qué ser *de la misma clase* que las razones que haya podido tener para proceder a aceptarla: por ejemplo, uno podría aceptar una norma moral por razones prudenciales; una norma jurídica, por razones morales; etc. Que la norma que se acepta sea «jurídica», sin embargo, no depende en absoluto de la clase de razones por las que alguien la haya aceptado: depende simplemente de que satisfaga los criterios de pertenencia operativos en el sistema jurídico del que estemos hablando (es decir, para determinar que una norma es «jurídica» no hace falta ningún razonamiento práctico, sólo un mero razonamiento teórico).

Todo ello conduciría entonces a las siguientes conclusiones. Justifica jurídicamente una acción quien acepta una norma jurídica —*i.e.*, una que satisface los criterios de pertenencia al sistema correspondiente— y la usa como pauta de evaluación de aquella acción; de manera que en la justificación jurídica las normas jurídicas serían premisas normativas *suficientes* (y suscribir sinceramente un enunciado normativo o interno de deber jurídico no implicaría sino aceptar razones *jurídicas* para la acción). En realidad, uno podría construir tantas clases distintas de justificación de una acción como clases de premisas nor-

mativas emplee: una justificación moral, si usa normas morales; prudencial, si usa principios prudenciales; o, pongamos por caso, ajedrecística, si usa las reglas del ajedrez. Eso es tanto como decir que la justificación es siempre relativa a premisas, a marcos normativos diferentes, de manera que habría tantas clases de deberes como de normas. Pero puesto que existen distintas clases de normas, existiría una pluralidad de justificaciones inconmensurables. Por supuesto que uno puede preguntarse si debe usar una norma jurídica para justificar acciones, pero en esa pregunta se estaría saltando a un marco normativo diferente —por ejemplo, a uno moral—, desde el cual puede ser —o no— que haya que considerar justificado usar normas jurídicas para justificar acciones. Sin embargo, el juego de retrotraerse siempre a un marco normativo anterior que justifique la acción de justificar desde un marco normativo dado tiene que tener un punto final, en el que simplemente se acepten normas últimas sin que puedan aportarse razones ulteriores para dicha aceptación. Y nada avalaría la idea de que esas normas últimas tengan que ser precisamente de un cierto tipo (por ejemplo, moral): podrían serlo de cualquiera.

Frente a esta primera postura, sin embargo, ha tomado cuerpo otra con arreglo a la cual la aceptación de enunciados normativos o internos de deber jurídico implicaría en último término la aceptación de razones *morales*, de manera que el razonamiento jurídico justificatorio no sería sino un razonamiento moral con una estructura especial. Aunque, para sus adversarios, este segundo enfoque supondría —fuesen o no conscientes de ello sus sostenedores— tirar por la borda el esfuerzo clarificador aportado por la teoría jurídica positivista, y recaer en una ya superada confusión entre derecho y moral, lo cierto es que su elaboración ha venido de la mano de autores formados en la tradición del positivismo jurídico y que no pretenden rechazarlo, sino más bien redefinir el sentido y alcance de sus pretensiones, como Joseph Raz y, sobre todo, Carlos Nino (cf. Raz, 1984, 129-131; Nino, 1985, caps. III y VII; Nino, 1994, 81-83). Argumentos similares a los de Nino han sido defendidos por Páramo, 1988; Ramos Pascua, 1989, 189-194; Ruiz Manero, 1990, 166-179; Delgado Pinto, 1991, 34-37; o Bayón, 1991, 721-722, 736-739).

Para quienes sostienen este segundo enfoque, lo que falla en el primero es no reparar en que justificar *jurídicamente* no consiste meramente en usar como criterio de evaluación de conductas una norma *que es* jurídica, sino en usarla *porque es* jurídica. Está claro que cuando, desde el modelo anterior, se habla de usar o aceptar una norma jurídica, se hace referencia a normas en tanto que juicios de deber: no a enunciados o formulaciones normativas, sino a lo que esos enunciados significan; no a hechos tales como la emisión de una prescripción por parte de un legislador, sino a la norma «creada» en virtud de esos hechos. Ahora bien, si una norma —como juicio de deber— se acepta por parte de alguien *en virtud de su contenido* y es usada para la justifica-

ción de acciones, resulta inapropiado calificar esa justificación como «jurídica» meramente porque se dé la circunstancia de que dicha norma satisfaga los criterios de pertenencia al sistema jurídico correspondiente, *con total independencia* de que quien la acepta repare siquiera en esa circunstancia o le atribuya cualquier relevancia práctica. Si la norma verdaderamente se acepta *por su contenido*, quien la acepta considera irrelevante a efectos justificativos que la norma en cuestión pertenezca o deje de pertenecer al sistema jurídico. La justificación que él construye, en todo caso, *coincidirá* en su conclusión con una justificación jurídica genuina; pero no puede ser calificada con propiedad como tal a la vista de cómo se configura.

Quien justifica jurídicamente *apela al derecho* como criterio de evaluación, lo que es tanto como decir que no acepta y usa las normas jurídicas por su contenido, sino porque son derecho vigente (y, por tanto, está presto a dejar de aceptarlas y usarlas para justificar conductas tan pronto como dejen de serlo). Esa actitud característica sólo queda adecuadamente captada si se atribuye a los razonamientos jurídicos justificatorios una estructura más compleja, con arreglo a la cual la aceptación previa de razones para hacer lo que el derecho dispone, junto con juicios descriptivos del hecho de que existe una norma jurídica que prescribe *p*, justifican (sólo porque existe y mientras siga existiendo) la conclusión de que «se debe *p*». Pero este último juicio de deber no es, entonces, como pretendía el modelo anterior, la norma jurídica misma (como juicio de deber), ni constituye la premisa normativa de partida (y suficiente) del razonamiento jurídico justificatorio. Es un paso intermedio de la justificación —que requiere premisas previas— y constituye lo que Nino denomina un «juicio de adhesión normativa», con cuya formulación sincera se expresa la aceptación de razones que habrán de ser, forzosamente, de la misma clase que aquellas razones para hacer lo que el derecho dispone aceptadas en la premisa de partida. Ahora bien, esas razones últimas no pueden ser calificadas a su vez como jurídicas, sino que han de ser, ellas sí, aceptadas en virtud de su contenido; ni pueden ser razones prudenciales del sujeto que desarrolla el razonamiento, puesto que entonces éste no sería apto para justificar decisiones que se imponen a otros, sean cuales fueren sus intereses. Así que parece imponerse la conclusión de que, en definitiva, no pueden ser sino *morales* (al menos mientras mantengamos la convención de llamar «morales» precisamente a las razones últimas —sean las que fueren— que un sujeto acepta en virtud de su contenido y como razones dominantes sobre los intereses de cualquiera).

Ello implicaría que aceptar un enunciado normativo o interno de deber jurídico —como algo distinto de usarlo hipotéticamente sin suscribirlo; y más distinto aún de expresar enunciados meramente descriptivos del derecho vigente—, implicaría en último término aceptar razones morales; y que el genuino razonamiento jurídico justificatorio —como algo distinto del razonamiento desarrollado en una «justifica-

ción» meramente hipotética—, sería un tipo particular de razonamiento moral, con la particularidad estructural de incluir como premisas juicios descriptivos de la existencia de ciertas normas como parte del derecho vigente. Todo lo cual no impide en modo alguno diferenciar del modo más claro entre el derecho que es y el que debería ser, ni entre lo jurídicamente «debido» (y aquí el entrecomillado indica un sentido *descriptivo*) y lo debido moralmente. Que, después de todo, son las pretensiones irrenunciables de una concepción iuspositivista.

BIBLIOGRAFÍA

Anderson, A. R. (1958), «A Reduction of Deontic Logic to Alethic Modal Logic»: *Mind 67*, 100-103.

Asís, R. de (1991), *Deberes y obligaciones en la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Austin, J. ([5]1972), *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law* (1861-1863), 2 vols., R. Campbell (ed.), Detlev Auvermann, Glashütten im Taurus.

Bayón, J. C. (1991), *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Bentham, J. (1962), *The Works of Jeremy Bentham*, 11 vols., J. Bowring (ed.), Russell & Russell, New York; esp. *A Fragment on Government* (1776), vol. I, 221-295 y *Essay on Logic*, vol. VIII, 213-293.

Bentham, J. (1970), *Of Laws in General*, en H. L. A. Hart (ed.), *The Collected Works of J. Bentham*, Athlone, London.

Bobbio, N. (1966), «Considerazioni in margine»: *Rivista di Filosofia 57*, 235-246.

Bohnert, H. G. (1945), «The Semiotic Status of Commands»: *Philosophy of Science 12*, 302-315.

Bulygin, E. (1982), «Norms, Normative Propositions and Legal Statements», en G. Floistad (ed.), *Contemporary Philosophy. A New Survey III*, Nijhoff, La Haya, 127-152.

Bulygin, E. (1991), «Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos»: *Doxa 10*, 257-279.

Capella, J. R. (1968), *El Derecho como lenguaje*, Ariel, Barcelona.

Caracciolo, R. (1994), «L'argomento della credenza morale»: *Analisi e Diritto*, 97-110.

Carrió, G. R. (1966), *Sobre el concepto de deber jurídico*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

Delgado Pinto, J. (1991), «El deber jurídico y la obligación moral de obedecer al derecho», en *Obligatoriedad y Derecho. XII Jornadas de Filosofía jurídica y Social*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, Oviedo, 15-40.

Dworkin, R. (1984), *Los derechos en serio*, M. Guastavino (trad.), Ariel, Barcelona; v. or. *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London, 1977.

Farrell, M. D. (1983), «Las obligaciones jurídicas como obligaciones *prima facie*», en E. Bulygin *et al.* (eds.), *El lenguaje del Derecho. Homenaje a G. R. Carrió*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 131-155.

Farrell, M. D. (1986), «Obligaciones jurídicas y razones para actuar: La evolución del pensamiento de Hart»: *Revista de Ciencias Sociales 28*, 271-295.
Gavazzi, G. (1966), «In difesa (parziale) di una concezione predittiva dell' obbligo giuridico»: *Rivista di Filosofia 57*, 125-133.
Hacker, P. (1973), «Sanction Theories of Duty», en A. Simpson (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence (Second Series)*, Clarendon, Oxford, 131-170.
Hart, H. L. A. (1958), «Legal and Moral Obligation», en A. Melden (ed.), *Essays in Moral Philosophy*, University of Washington Press, Seattle, 82-107; v. e. *Obligación jurídica y obligación moral*, J. Esquivel y L. A. Ortiz (trads.), UNAM, México, 1977.
Hart, H. L. A. ([2]1961), *The Concept of Law*, Clarendon, Oxford, «Postscript» ed. por P. A. Bulloch y J. Raz, 1994; v. e. *El concepto de Derecho*, G. R. Carrió (trad.), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963.
Hart, H. L. A. (1982), *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Clarendon, Oxford.
Hart, H. L. A. (1983), *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon, Oxford.
Hernández Marín, R. (1989), *Teoría general del Derecho y de la ciencia jurídica*, PPU, Barcelona.
Hierro, L. (1981), *El realismo jurídico escandinavo. Una teoría empirista del Derecho*, Fernando Torres, Valencia.
Hohfeld, W. N. (1968), *Conceptos jurídicos fundamentales*, G. R. Carrió (trad.), Centro editor de América Latina, Buenos Aires; v. or. «Some fundamental legal conceptions as applied to judicial reasoning» (1913), en Id., *Fundamental Legal Conceptions*, Yale University Press, Ithaca, 1919, 23-64.
Holmes, O. W. (1975), *La senda del Derecho*, «Prólogo» de E. A. Russo, Buenos Aires, Abeledo-Perrot; v. or. «The Path of the Law» (1897), en Id., *Collected Legal Papers*, Harcourt, Brace & Howe, New York, 1920, 167-202.
Kelsen, H. (1949), *Teoría General del Derecho y del Estado*, E. García Máynez (trad.), UNAM, México; v. or. *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1945.
Kelsen, H. (1979), *Allgemeine Theorie der Normen*, K. Ringhofer y R. Walter (eds.), Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien; v. e. *Teoría General de las Normas*, H. C. Delory (trad.), Trillas, México, 1994.
Kelsen, H. (1981), *Teoría Pura del Derecho*, R. Vernengo (trad.), UNAM, México; v. or. *Reine Rechtslehre*, Franz Deuticke, Wien, [2]1960.
Laporta, F. J. (1993), *Entre el derecho y la moral*, Fontamara, México.
MacCormick, D. N. (1973), «Legal Obligation and the Imperative Fallacy», en A. Simpson (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence (Second Series)*, Clarendon, Oxford, 100-130.
Mendonça, D. (1992), *Introducción al análisis normativo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
Mendonça, D. (1994), «Obligaciones, normas y sistemas»: *Theoria 20/IX*, 109-121.
Moreso, J. J. (1992), *La teoría del Derecho de Bentham*, PPU, Barcelona.
Moreso, J. J., Navarro, P. E. y Redondo, C. (1992), «Argumentación jurídica, lógica y decisión judicial»: *Doxa 11*, 247-262.
Nino, C. S. (1985), *La validez del Derecho*, Astrea, Buenos Aires.

ILÍCITO

Hugo R. Zuleta

1. INTRODUCCIÓN

El concepto de «acto ilícito» o «acto antijurídico» forma parte de los llamados «conceptos básicos» de la ciencia del derecho, cuyo análisis corresponde, según se acepta generalmente, a la teoría general del derecho.

En realidad no es muy claro qué distingue a los conceptos considerados básicos de los restantes. Se ha dicho que los primeros constituyen «la base teórica para la construcción de muchos otros», lo que «hace que sean empleados en casi todas las explicaciones que se desarrollan en las distintas ramas del derecho», mientras que los no básicos «tienen un uso más circunscrito» (Nino, 1980, 165).

Sin embargo, el autor citado reconoce que «no hay criterios definidos para determinar qué conceptos tienen un uso lo suficientemente extendido como para ser analizados en el nivel de una teoría general del derecho» (Nino, 1980, 165).

No obstante la vaguedad señalada, parece existir acuerdo general sobre el carácter básico de algunos conceptos, como, entre otros, «sanción», «obligación», «persona jurídica», «responsabilidad» y, desde luego, «ilicitud».

La función de la teoría general del derecho consiste en *reconstruir* su significado por medio de definiciones que, sin apartarse de los criterios de aplicación usuales entre los juristas, pongan de manifiesto las relaciones lógicas existentes entre ellos. El ideal de la teoría consiste en construir un *sistema conceptual* en el cual la totalidad de los conceptos básicos sea definida a partir de un número reducido de *términos primitivos*.

El filósofo que más se acercó a ese ideal fue, sin duda, Hans Kelsen. Su tratamiento de los conceptos jurídicos básicos, que define a partir de dos términos primitivos —«deber» y «sanción»— constituye uno de los

principales avances de la filosofía del derecho contemporánea y es referencia obligada de cualquier tratamiento del tema. Más adelante volveremos sobre el modo en que Kelsen define la noción de «acto ilícito».

II. EL CONCEPTO DE «ACTO ILÍCITO» EN EL IUSNATURALISMO

En la tradición *iusnaturalista*, atribuir a un acto la condición de ilícito es una manera de calificarlo como *malo*.

Dentro de esta clase de actos es común distiguir dos tipos, a saber, aquellos que son malos en sí mismos por ser contrarios al derecho natural (*mala in se*) y los que, sin tener esta característica, han sido prohibidos, sin embargo, por el orden social positivo (*mala prohibita*).

La distinción reconoce un antecedente en la diferenciación efectuada por Aristóteles entre lo *natural* y lo *legal*:

> De lo justo político una parte es natural, otra legal. Natural es lo que en todas partes tiene la misma fuerza y no depende de nuestra aprobación. Legal es lo que en un principio es indiferente que sea de este modo o de otro, pero que una vez constituidas las leyes deja de ser indiferente [...][1].

Santo Tomás afirmaba que las acciones contrarias a la ley natural no son malas simplemente porque Dios las prohíba, sino que Dios las prohíbe porque son malas. Pero hay otras que, aunque no tienen nada de malo en sí mismas, como comer carne los viernes, están prohibidas por la ley de la Iglesia. Tales acciones sólo son malas cuando están prohibidas y sólo por ello. «Los preceptos de la Iglesia, como la ley de abstinencia los viernes, pueden ser suspendidos o cambiados, pero la ley moral natural es inalterable»[2].

Para una teoría del derecho de orientación *iuspositivista* no es admisible la suposición de que hay conductas que son ilícitas por su propia naturaleza, esto es, que su ilicitud pueda determinarse mediante el análisis de sus características intrínsecas. Un acto sólo es ilícito cuando su prohibición resulta de las normas del derecho positivo. «No hay *mala in se*, sólo hay *mala prohibita*, pues un comportamiento es *malum* solo cuando es *prohibitum*» (Kelsen, 1958, 61).

III. LO ILÍCITO COMO PROHIBIDO

En el punto anterior se sostuvo que los actos ilícitos son, para el positivismo jurídico, aquellos que están *prohibidos* por el derecho positivo.

1. *Ética Nicomaquea*, Porrúa, México, 1967, Libro V, cap. VII, 66.
2. F. C. Copleston, *El pensamiento de Santo Tomás*, Fondo de Cultura Económica, México, 1960, 249.

Sin embargo, esta afirmación es ambigua, ya que el término «prohibido» tiene más de un sentido. Para evitar confusiones sobre su significado, es necesario distinguir entre: *a*) «prohibido» como *carácter normativo*, y *b*) como *propiedad de una conducta normada*.

Para aclarar la cuestión es necesario recordar la conocida distinción entre *normas* y *proposiciones normativas*:

> Las normas son enunciados prescriptivos que se usan para ordenar, prohibir o permitir conductas humanas. Las proposiciones normativas son enunciados descriptivos que se usan para informar acerca de las normas, o acerca de las obligaciones, prohibiciones o permisiones establecidas por las normas (Alchourrón y Bulygin, 1974, 173).

El carácter de una norma es uno de los elementos que aparecen en su enunciación. Una norma que diga, por ejemplo, «prohibido fumar», tendrá el carácter *prohibido*, y otra que diga «obligatorio circular por la derecha», tendrá el carácter *obligatorio*[3]. Toda vez que las prescripciones no pretenden transmitir información, no se puede atribuir valores de verdad a expresiones de este tipo.

Por otra parte, cuando decimos que una determinada conducta está *prohibida* en un determinado sistema normativo, estamos enunciando una proposición normativa mediante la cual pretendemos informar acerca de la existencia de ciertas normas en ese sistema. Lo que decimos es que la prohibición de esa conducta forma parte del sistema en cuestión, y esta afirmación será verdadera o falsa según cuales sean las normas que lo integran. En este segundo sentido, estamos usando «prohibido» como propiedad de una conducta.

Hecha esta distinción, debe aclararse que al caracterizar los actos ilícitos como *prohibidos*, estamos utilizando esta expresión en el segundo sentido.

A primera vista parece que, para que sea verdadera la proposición normativa que dice que cierta conducta está prohibida en un sistema dado, debería formar parte del sistema en cuestión una norma de carácter prohibitivo que se refiera a esa conducta.

Sin embargo, si bien esto vale en general para los actos prohibidos por diversos tipos de sistemas normativos, en el caso de los actos ilícitos las cosas son algo distintas.

Para aclarar esta cuestión, debe tenerse presente que los actos ilícitos son los actos prohibidos por un tipo especial de sistemas normativos, los *sistemas jurídicos*.

Ahora bien, según está generalmente admitido, uno de los rasgos que distingue a los sistemas jurídicos de otros sistemas normativos es su ca-

3. Parece razonable sostener que los tres caracteres que puede tener una norma, esto es, obligatorio, prohibido o permitido, son interdefinibles, ya que es lo mismo decir, continuando con el ejemplo, «prohibido fumar», «no permitido fumar» u «obligatorio no fumar». Sobre esta cuestión, cf. Wright, 1970, cap. V; y Alchourrón y Bulygin, 1974, cap. VII.

rácter coactivo, es decir, que contiene normas que prescriben la aplicación de sanciones coercitivas —esto es, impuestas por la fuerza en caso de resistencia— en determinadas circunstancias[4].

De ahí que, de acuerdo con el uso común del lenguaje, para que un acto sea considerado ilícito no es suficiente que esté prohibido por alguna norma del sistema jurídico, sino que hace falta, además, que el sistema prescriba la aplicación de una *sanción* en el supuesto de que sea realizado.

Sin embargo, se puede plantear la siguiente objeción: si una norma prescribe una sanción en el caso de que se realice un acto, ¿qué necesidad hay de otra norma que prohíba ese mismo acto?

De acuerdo con la teoría de Kelsen, la segunda norma sería superflua:

> Los códigos penales modernos no contienen, por lo común, ninguna norma en la cual, como en los Diez Mandamientos, se prohíba el matar, el adulterio y otros delitos, sino que se limitan a enlazar ciertas sanciones penales a determinados hechos. Aquí se ve claramente que la norma que establece: «No debes matar» es superflua, si existe una norma válida que establezca que: «Quien mate, será sancionado penalmente»; que el orden jurídico justamente prohíbe determinada conducta, en cuanto enlaza a esa conducta una sanción, o bien, obliga a determinada conducta en cuanto enlaza una sanción a la conducta contraria (Kelsen, 1979, 67-68).

Como puede verse, de acuerdo con este autor, para que un acto sea ilícito no es condición necesaria ni suficiente que esté caracterizado como prohibido por una norma del sistema jurídico. Es más, las normas típicamente jurídicas no prohíben ni ordenan acciones, sino que enlazan sanciones a ciertas conductas[5].

En el acápite siguiente nos ocuparemos de la definición de «acto ilícito» en la teoría de Kelsen.

IV. EL ACTO ILÍCITO COMO CONDICIÓN DE UNA SANCIÓN

Kelsen rechaza la concepción tradicional que veía el acto ilícito como algo *contrario* o *violatorio* del derecho, es decir, como algo que está fuera del derecho y que lo contraría. Esta idea, señala, reposa en el equívoco de creer que existe una contradicción lógica entre la norma que ordena una conducta y la conducta fáctica que es opuesta a la ordenada. Esto, como él advierte, es erróneo, ya que sólo puede existir contradicción entre dos proposiciones, no entre una proposición y un hecho. Por otra parte, tampoco hay contradicción entre la proposición que describe una norma y la que dice que una persona no se comporta de hecho como ordena la norma en cuestión, porque ambas pueden ser verdaderas.

4. Cf. Alchourrón y Bulygin, 1974, 103.

5. En la última versión de la *Reine Rechtslehre* (1960 [1979, 67-70]) Kelsen admite la existencia de normas que no establezcan sanciones. Pero éstas, a las que denomina «normas no independientes», sólo tienen sentido en relación con otras normas que establecen sanciones.

También rechaza la idea de que la aplicación de una sanción es una *consecuencia* de la ilicitud de un acto, ya que esto supone que la noción de «ilícito» es independiente de la de «sanción». En su teoría, el concepto de «sanción» es previo: «Una acción u omisión es un acto ilícito o delito, porque se le ha conectado un acto coactivo como consecuencia» (Kelsen, 1979, 126).

Como primera aproximación al concepto de acto ilícito que desarrolla Kelsen, podemos proponer la siguiente definición: *acto ilícito es aquel que figura mencionado en una norma jurídica como condición para que se deba aplicar una sanción.*

El vocablo «sanción» es un término *primitivo* en la teoría de Kelsen, es decir que no se lo define *dentro* de la teoría. Sólo se pueden ofrecer explicaciones *extrasistemáticas* del sentido en que se lo emplea. A su vez, desempeña un papel esencial en la definición de los demás conceptos básicos de la ciencia del derecho.

El concepto de «sanción», tal como es empleado por Kelsen, puede ser caracterizado de la siguiente manera: es un acto realizado por una *autoridad competente* de acuerdo con las normas del sistema jurídico, que consiste en la *privación de algo considerado generalmente valioso*, como la vida, la libertad, la integridad física, el patrimonio, que se realiza como *consecuencia de una conducta*, ya sea una acción positiva o una omisión, de manera *coactiva*, esto es, aun sin el consentimiento del individuo que la padece[6].

La característica de ser *consecuencia de una conducta* permite distinguir una sanción de otros actos coactivos, como la internación forzosa de ciertos dementes, la cuarentena a que se somete a veces a algunas personas, la detención de sospechosos, la confinación de personas de cierta raza o religión en campos de concentración, la expropiación por causa de utilidad pública, el exterminio de animales portadores de ciertas enfermedades contagiosas o la destrucción de mercaderías contaminadas o de edificios que amenazan ruina[7]. Todos estos son actos que consisten en la privación de algún bien por medio de la fuerza, pero no se llevan a cabo como consecuencia de una conducta sino como resultado de encontrarse en ciertas circunstancias, aunque sea involuntariamente. En otro orden de ideas, conviene aclarar que la conducta condicionante de la sanción no necesariamente debe ser un acto positivo. Puede tratarse de una omisión, como cuando se sanciona a alguien como consecuencia de su negligencia en el control de los actos de un hijo o un dependiente.

La condición de que se trate de actos realizados *por autoridad competente* permite distinguir la sanción de otros actos de fuerza, como el asesinato o el robo.

En cuanto a la característica de que se trate de algo *considerado generalmente valioso*, cabe advertir que no es necesario que sea algo va-

6. Cf. Nino, 1980, 168-173.
7. Cf. Kelsen, 1979, 53-54.

lorado por todas las personas, ya que tal vez no exista nada semejante. Es suficiente con que sea considerado deseable por la generalidad de las personas de la sociedad en cuestión.

Por último, debe tenerse presente que, para que un acto constituya una sanción, no es necesario que de hecho se realice en todos los casos contra la voluntad expresa del individuo a quien se aplica, porque éste podría someterse voluntariamente a la misma. Pero debe tratarse de un acto *coactivo*, lo que significa que se aplicaría por la fuerza en caso de resistencia, de modo que el consentimiento del destinatario es irrelevante.

El concepto de «acto ilícito» comprende tanto los *delitos*, que son los ilícitos del derecho penal, como los ilícitos *civiles*. Kelsen distingue los primeros de los segundos por el tipo de sanción que se aplica.

La sanción civil típica es la ejecución forzosa de bienes. En el derecho penal también existen, entre otras, sanciones de carácter patrimonial (multas). Pero las sanciones civiles, a diferencia de las penales, tienden a reparar la situación creada por el acto ilícito, ya sea produciendo por la fuerza el mismo estado que debió haber sido obtenido mediante la actuación voluntaria del infractor, o bien, cuando esto no es posible, un estado sustituto. Ejemplo del primer caso es el secuestro y la entrega de una cosa al comprador, cuando el vendedor se niega a entregarla. Del segundo, la subasta de bienes de una persona para indemnizar, con el producto de su venta, los daños y perjuicios que ha ocasionado a otra.

En el caso de las sanciones civiles, el valor patrimonial obtenido coactivamente se incorpora al patrimonio del perjudicado por el acto ilícito, mientras que el producto de las sanciones penales pasa, normalmente, a un fondo público[8].

Volviendo a la definición de «acto ilícito» propuesta, puede advertirse que presenta la siguiente dificultad: las normas jurídicas, tal como las concibe Kelsen, son enunciados complejos, en los cuales pueden estar mencionadas muchas conductas humanas entre los hechos condicionantes para que se aplique una sanción. Por ejemplo, «el acto legislativo que produjo la norma general que determina el tipo penal, así como el acto judicial, mediante el cual se ha verificado la existencia del hecho delictivo concreto» (Kelsen, 1979, 128)[9].

8. Un tercer tipo de sanciones son las del derecho internacional, esto es, las represalias y la guerra. Cf. Kelsen, 1979, 123-125.

9. Recuérdese que, para Kelsen, las normas que no tienen la estructura canónica «Si A debe ser B», donde «B» es una sanción, deben ser reconstruidas como partes del antecedente de normas de esta estructura. De este modo, las normas constitucionales que otorgan competencias, y las procesales, por ejemplo, son reconstruidas como parte de los hechos condicionantes de una sanción. En la última versión de la *Reine Rechtslehre* (1960 [1979]) admitió la existencia de normas que no tuvieran la estructura canónica, a las que denominó «normas no independientes» (cf. nota 5). Pero estas normas, que están destinadas a limitar el alcance de otras

Considerar a todas estas conductas ilícitas, o como parte del acto ilícito, no sería satisfactorio, pues el concepto resultante se apartaría excesivamente del uso común de los juristas. En efecto, nadie consideraría que la conducta del fiscal, al presentar su acusación, forma parte integrante de un acto ilícito.

El problema, entonces, es distinguir la conducta considerada ilícita de los otros comportamientos que aparecen como partes integrantes del hecho condicionante de la sanción.

Normalmente, dice Kelsen enfrentando el problema, el acto ilícito es, entre todas esas conductas, *la de aquel individuo contra quien se dirige la sanción.*

Pero esta característica no puede servir de base para solucionar el problema que nos ocupa. Ello por dos razones:

a) No contempla los casos de *responsabilidad indirecta*, donde la persona sancionada es un tercero cuya conducta no aparece entre los hechos condicionantes de la sanción. Por ejemplo, en el derecho primitivo, todos los miembros de un grupo eran sancionados por la conducta de alguno de sus integrantes. Algo similar sucede en el derecho internacional, donde, verbigracia, se pueden aplicar represalias contra los ciudadanos de un país que residen en el territorio de otro, como consecuencia de actos realizados por los gobernantes del primero. Los accionistas de una sociedad pueden sufrir también sanciones patrimoniales a raíz de los actos ilícitos cometidos por quienes tienen facultades para obligarla.

b) Entre los condicionantes de una sanción pueden estar mencionadas varias conductas de la persona contra la cual aquélla se dirige, no todas las cuales, sin embargo, deberían ser consideradas actos ilícitos. Por ejemplo, para la ejecución forzosa de un contrato hacen falta al menos dos conductas del mismo individuo: celebrar un contrato y no cumplirlo. Sin embargo, sólo la segunda de estas conductas es considerada usualmente como ilícita (cf. Nino, 1980, 176).

Para solucionar el primer problema, Kelsen introduce en su definición la noción de «allegado»:

> Si para simplificar el lenguaje, se designa con el término «allegados» (allegados familiares, de grupo racial, de comunidad estatal) a los individuos que se encuentran

que establecen sanciones, sólo tienen sentido en relación con estas últimas, con las que constituyen una unidad. Su contenido, señala Kelsen, podría haber sido expresado totalmente como parte del antecedente de una norma que prescribe una sanción. Por ejemplo, una norma establece una pena para el comercio de bebidas alcohólicas, y otra dice que este comercio no está prohibido cuando media una autorización administrativa. Ambas pudieron haber sido expresadas en una sola norma que dijera: «Si alguien vende bebidas alcohólicas sin autorización administrativa, será penalmente sancionado» (Kelsen, 1979, 67-68).

> en cierta relación, determinada por el orden jurídico, con el delincuente, responsabilizándolos por el delito de aquél, cabe determinar el delito como *la conducta de aquel hombre contra quien, o contra cuyos allegados, se dirige la sanción como consecuencia* (Kelsen, 1979, 129; el cursivado es mío).

Kelsen parece darse por satisfecho con esta formulación. Sin embargo, es dudoso que se pueda considerar una solución satisfactoria, pues, como señala Nino (1980), el concepto de allegado «es lo bastante vago como para que se encuentren en esa vinculación, con el que padece la sanción, no sólo el hijo respecto al padre o el jefe de Estado en relación a los súbditos, sino también el fiscal que acusa y el co-contratante que demanda por incumplimiento del contrato» (Nino, 1980, 177).

Teniendo en cuenta que, además, subsiste la segunda dificultad, que él no parece haber advertido, podemos concluir que Kelsen no logró dar una definición satisfactoria del concepto de «acto ilícito».

Los problemas que tiene Kelsen para aislar el acto ilícito sin recurrir a normas de carácter prohibitivo nos muestran que, después de todo, tal vez tales normas no sean superfluas, como él pensaba[10]. Pero, en ese caso, la teoría general del derecho debería admitir normas de diversos tipos, en lugar de intentar reducirlas a todas a una única estructura canónica. Si esto es así, las características distintivas de los sistemas jurídicos, con relación a otros sistemas normativos, no deberían buscarse en la estructura o en el contenido de las normas que lo integran, sino en otros rasgos[11].

V. RESUMEN Y CONCLUSIONES

Los temas desarrollados precedentemente se pueden sintetizar así:

a) El concepto de «acto ilícito» es uno de los llamados «conceptos básicos de la ciencia del derecho» y, como tal, objeto de estudio de la teoría general del derecho.

10. Es interesante señalar que en la dogmática penal se acepta en general, con ligeras variantes, la definición de «delito» de Beling, que dice que es «la acción típica antijurídica, culpable, sometida a una adecuada sanción penal y que llena las condiciones objetivas de la punibilidad» (Jiménez de Asúa, 1973, 205-206). Lo relevante de la definición es que, además de la circunstancia de que sea una conducta mencionada en una norma como condicionante de una sanción, se incluye como característica definitoria del delito la *antijuridicidad*, que se entiende como la oposición «entre el hecho y el ordenamiento jurídico general de una sociedad, contenido no sólo en el Código penal, sino, además, en toda fuente vigente de Derecho» (Soler, 1951, 227). Esto parece significar que el ordenamiento jurídico contiene, además de las normas expresamente legisladas, mediante las cuales se imputan sanciones a determinados hechos, otras normas implícitas que *prohíben* algunas de las conductas mencionadas en las normas legisladas como antecedentes de una sanción.

11. Sobre esta cuestión, cf. Alchourrón y Bulygin, 1974, 103-107.

b) En la concepción iusnaturalisa se afirma que existen actos que son ilícitos por sus propias características intrínsecas.

c) Para el iuspositivismo, en cambio, un acto sólo es ilícito en tanto esté prohibido por las normas de un sistema jurídico positivo.

d) Los actos ilícitos son cierto tipo de actos prohibidos.

e) La noción de «prohibido» es ambigua, puede referirse al carácter de una norma o a la propiedad de una conducta. En el punto «d» se utilizó en el segundo sentido.

f) Para que un acto sea ilícito no es suficiente que una norma lo prohíba, sino que debe existir una norma que establezca una sanción para el caso de que sea realizado.

g) Para Kelsen, la existencia de una norma prohibitiva es superflua. Para que un acto sea ilícito sólo es necesario que se haya previsto una sanción como consecuencia.

h) Como las normas son entidades complejas, es necesario un criterio para distinguir, entre todos los actos mencionados como condicionantes de una sanción, al acto ilícito.

i) La solución de Kelsen consiste en definir el acto ilícito como la conducta de aquel contra quien, o contra cuyos allegados, se dirige la sanción prevista como consecuencia en una norma jurídica.

j) La definición de Kelsen presenta dificultades que él deja sin solución.

k) El problema parece residir en su criterio para distinguir las normas jurídicas de otros tipos de normas, que requiere que todas tengan la misma estructura. Ello tiene como consecuencia que se niegue a admitir la relevancia de normas de carácter prohibitivo.

BIBLIOGRAFÍA

Alchourrón, C. y Bulygin, E. (1974), *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires.

Jiménez de Asúa, L. ([6]1973), *La Ley y el Delito. Principios de derecho penal*, Sudamericana, Buenos Aires.

Kelsen, H. ([2]1958), *Teoría General del Derecho y del Estado*, UNAM, México.

Kelsen, H. (1960), *Teoría Pura del Derecho*, EUDEBA, Buenos Aires; v. or. *Thèorie Pure du droit. Introduction a la science du droit*, Neuchâtel, 1953.

Kelsen, H. (1979), *Teoría Pura del Derecho*, UNAM, México; v. or. *Reine Rechtslehre*, Wien, 1960.

Nino, C. S. (1980), *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires.

Maffía, O. J. (1961), «Ilicitud», en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. XIV, Buenos Aires, 962-970.

Soler, S. (1951), *Derecho Penal Argentino I*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires.

Wright, G. H. von (1970), *Norma y Acción. Una investigación lógica*, Tecnos, Madrid.

RESPONSABILIDAD

Guido Pincione

I. INTRODUCCIÓN

En el sentido que más interesa al derecho y a la moral, «responsabilidad» designa la condición de quien es objeto apropiado de una pena o de un reproche moral. Así, cuando decimos que un tribunal encontró responsable de un homicidio a X, estamos afirmando que el tribunal consideró reunidos los requisitos para sancionar a X. Éste es, por lo demás, el sentido de «responsabilidad» que ha recogido Hans Kelsen. Para el autor de *Teoría Pura del Derecho*, decir que alguien es responsable de un acto ilícito, realizado por él o por otra persona, es lo mismo que decir que debe ser sancionado por ese acto (Kelsen, 1979, 133-135). Puede formularse una definición análoga para omisiones, en lugar de actos; en adelante, la referencia a actos o acciones se entenderá como comprensiva también de las omisiones.

Un problema central de la teoría de la responsabilidad es el del papel que la voluntariedad y la intención desempeñan en la asignación de responsabilidad. Consideremos, en primer lugar, la voluntariedad.

II. LA VOLUNTARIEDAD COMO CONDICIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

De acuerdo con una tradición teórica que se remonta a Aristóteles, la voluntariedad de una acción es una condición necesaria de la responsabilidad por su realización. En cambio, la voluntariedad no puede ser considerada condición suficiente de la responsabilidad por actos incorrectos, a menos que se introduzcan algunas distinciones. En efecto, si bien la realización voluntaria de actos cuya incorrección advierte el propio agente es suficiente para hacerlo moral o jurídicamente responsable, no lo es la incursión voluntaria en actos a los que el agente no

atribuye incorrección alguna. J. L. Mackie ha empleado esta distinción para explicar por qué los psicópatas no son penalmente responsables. Ellos actúan voluntariamente, dice, en tanto y en cuanto dan lugar a ciertos acontecimientos por medio de un proceso causal que se inicia con un deseo de que esos acontecimientos ocurran y sigue con una decisión de producirlos, pero no son responsables ya que carecen de la capacidad de advertir la incorrección de la conducta prohibida por un mandato jurídico. Esta posición de Mackie depende de su idea de que (parte de) la razón por la cual el derecho prevé penas para ciertos comportamientos es su incorrección (1977, 186-187). Al parecer, la propuesta de Mackie es que la voluntariedad de la acción coexiste en el psicópata con la falta de intención de hacer algo incorrecto, pues no percibe como incorrectas sus acciones. En esta concepción, pues, lo que exime de responsabilidad al psicópata es la falta de intención, no la falta de voluntariedad.

Ciertamente, algunas anormalidades en los procesos deliberativos del agente (como las derivadas de ciertas psicopatologías) excluyen la voluntariedad de la acción, como también la excluyen la coerción, el estado de necesidad y ciertas deficiencias cognitivas relacionadas con los efectos de la propia acción (como el error o la ignorancia sobre tales efectos). A veces se llama «vicios de la voluntad» a estos factores eximentes de responsabilidad. La determinación del grado en que estos factores deben estar presentes para configurar un vicio de la voluntad depende de supuestos empíricos y valorativos. Carlos Nino ilustra este punto mediante el ejemplo de una sociedad en la que ocurren con mucha mayor frecuencia actos que en nuestra sociedad consideramos heroicos: es evidente que en esa sociedad imaginaria la caracterización de ciertas circunstancias eximentes de responsabilidad (como la coerción o el estado de necesidad) será diferente de la que hacemos en nuestra sociedad, y que esta diferencia se debe a factores empíricos (frecuencia relativa de cierto tipo de acción) y valorativos (juicio de valor que formulamos acerca de ese tipo de acción) (Nino, 1980b, 361).

Ha habido más acuerdo sobre la caracterización de los vicios de la voluntad que sobre la caracterización de la voluntariedad misma. Obviamente, la noción de voluntariedad que se emplee determinará las razones en virtud de las cuales un cierto factor contará como vicio de la voluntad. Según Aristóteles, una acción es voluntaria cuando está causada por un fenómeno mental, la volición (*Ethica Nicomachea*, 1109-1114). En esta concepción, la diferencia entre el hecho de que mi brazo *se* levante o *sea* levantado por otro, y mi *acto* de levantar mi brazo reside en que sólo en este segundo caso el levantamiento de mi brazo fue precedido por mi volición. En cambio, filósofos de orientación conductista, como Gilbert Ryle (1967), han rechazado la autonomía de las nociones psicológicas, analizándolas en términos de comportamientos reales o posibles.

Para ciertas versiones de la teoría de la voluntariedad basada en la eficacia causal de la volición para producir la acción, la volición misma

no puede ser un acto voluntario, pues ello implicaría un regreso *ad infinitum* en el análisis de la voluntariedad; ésta es, precisamente, una de las objeciones que ha formulado Ryle a la teoría causal de la voluntariedad (1967, cap. III). Ahora bien, si la volición no es un acto voluntario, se abren dos posibilidades: o bien ella es el efecto causal de ciertos acontecimientos, o bien es un acontecimiento o estado emergente, no ligado causalmente a otros acontecimientos. En ambos casos resulta problemática la relevancia de la volición (y de la voluntariedad definida en términos de volición) como condición necesaria de la adscripción de responsabilidad. Las consecuencias de adoptar el primer cuerno de este dilema han sido exploradas por filósofos como Peter Strawson, quien ha sostenido que una visión determinista de la acción sería devastadora para aspectos centrales del aparato conceptual que presuponemos en el discurso práctico. En efecto, actividades y sentimientos tales como el elogio, la censura, el orgullo, el remordimiento y el enojo serían, en un sentido profundo, imposibles; y, por cierto, también sería imposible la adscripción de responsabilidad (Strawson, 1974). No extraña, entonces, que el rechazo del determinismo parezca presupuesto por las preguntas a las que el sentido común apela para averiguar si alguien fue responsable de lo que hizo: «¿Podía haber hecho otra cosa?», «¿Tenía una opción real?». H. L. A. Hart recogió esta visión del sentido común cuando sostuvo que hay que buscar los fundamentos de la responsabilidad en la posesión de las capacidades normales, físicas y mentales, para cumplir con obligaciones jurídicas, y en la existencia de razonables oportunidades de ejercer esas capacidades (1968, 152).

Otros autores, en cambio, han desafiado la idea de que si el determinismo causal fuera verdadero, entonces desaparecería la responsabilidad. Así, Mackie ha tratado de bloquear esta implicación afinando la extendida y antigua idea que identifica la voluntariedad con el control por los propios deseos; para Mackie, una acción es voluntaria si alguno de sus aspectos es la consecuencia causal de deseos (o de la ausencia de deseos suficientemente fuertes, con lo cual quedan incluidas las omisiones) de que esos aspectos se realicen (1977, 178-80). Lejos de ver en la causación una amenaza para la responsabilidad, esta concepción discierne la voluntariedad (y, consiguientemente, un fundamento eventual de la responsabilidad) en ciertos eslabones de la cadena causal.

La conexión entre los vicios de la voluntad y la exención de responsabilidad ha sido explicada de diversos modos. Para Jeremy Bentham, los vicios de la voluntad eximen de responsabilidad porque socavan el poder disuasivo de la amenaza penal, poder disuasivo que se preserva si se penaliza exclusivamente los actos voluntarios. Debe recordarse que la disuasión es crucial en la justificación utilitarista de la pena ensayada por Bentham: la pena no se impone en virtud de lo que alguien hizo, como sostiene la concepción retribucionista, sino para maximizar la felicidad neta (Bentham, 1970, cap. XIII). Hart ha objetado la tesis benthamiana alegando que la efectividad disuasiva de una

regla según la cual sólo se castiga por actos voluntarios sería menor (dados los incentivos para simular involuntariedad) que la de una regla que disminuye o elimina la responsabilidad sólo en los casos en los que hubo vicios de la voluntad previamente especificados (Hart, 1968, 23). Como se ve, esta crítica de Hart trata de mostrar que la tesis de Bentham es inconsistente con sus supuestos utilitaristas (o, más precisamente, con un utilitarismo de reglas).

Debe señalarse, por otra parte, que al utilitarismo le está vedada una teoría de la responsabilidad propiamente dicha. Como se ha observado frecuentemente, el utilitarismo no puede admitir genuinas sanciones o penas, con toda la connotación retribucionista que estos conceptos conllevan, sino medidas de seguridad, similares a las cuarentenas o los confinamientos de dementes. En la medida en que la noción de responsabilidad está, como vimos, ligada por definición a la de sanción, el utilitarismo no puede encarar consistentemente la cuestión de los fundamentos de la responsabilidad, ni, por ende, explicar el papel que la voluntariedad, los vicios de la voluntad y la intención desempeñan en la atribución de responsabilidad. Es precisamente esta insensibilidad a factores subjetivos lo que indujo a Kant a reprocharle al utilitarismo su tendencia a *utilizar* al malhechor (que debe ser visto como una persona *digna de* castigo) como un instrumento al servicio de fines que le son ajenos (Kant, 1887, 195-198).

Nino ha elaborado una teoría «consensual» de la pena, en la cual la exigencia de voluntariedad como condición necesaria de la responsabilidad penal es reemplazada por la exigencia similar, pero no idéntica, de consentimiento. Recogiendo la idea utilitarista de que la pena no puede tener justificación en el hecho de que agrega un mal a otro mal, Nino exige que la pena constituya un medio eficaz y necesario para amparar a la sociedad contra males mayores que los que la propia pena provoca, pero procura eludir las consecuencias anti-intuitivas de la justificación utilitarista de la pena (como el requerimiento de condenar a inocentes si ello maximiza la felicidad neta), introduciendo un principio de distribución basado en el consentimiento: sólo deben ser penalizados quienes consintieron en contraer responsabilidad penal, donde se toma como evidencia de este consentimiento la realización libre y consciente de un acto, sabiendo que está sancionado penalmente. Esta teoría le permite a Nino explicar no sólo por qué no debe sancionarse al inocente, sino también por qué las leyes no pueden ser retroactivas y el conocimiento de los hechos y del derecho aplicable es necesario para incurrir en responsabilidad penal. Asimismo, le permite brindar una teoría unificada de la relevancia jurídica de los vicios de la voluntad, ya que la noción de consentimiento utilizada es declaradamente la misma que subyace a la celebración de contratos válidos (Nino, 1980a, 427-432 y 1980b, cap. III).

Algunos autores han creído conveniente prescindir del análisis de la voluntariedad para explicar por qué los vicios de la voluntad bloquean la justificación de sanciones jurídicas o de reproches morales. En esta

dirección, Horacio Spector ha sostenido que la razón por la cual los vicios de la voluntad eximen de responsabilidad es que su presencia obstaculiza la revelación del carácter moral del agente a través de su conducta. Esto es así, según Spector, porque tales vicios consisten en circunstancias en las que algún deseo ocurrente del agente (por ejemplo, el de salvar su vida, ahora amenazada por un comando terrorista para que firme una cierta declaración política) prevalece sobre sus deseos permanentes, sus inclinaciones más profundas (por ejemplo, el deseo de no firmar declaraciones en favor de causas políticas que considera injustas) (Spector, 1983, 58-61).

El segundo cuerno del dilema presentado anteriormente (es decir, el sostener que la volición emerge accidentalmente) parece levantar una muralla infranqueable contra todo intento de atribuir responsabilidad por una acción. ¿Cómo puede generar responsabilidad la acción, si ella tiene su origen en un acontecimiento intrínsecamente azaroso? ¿Cómo es posible que un evento que, por hipótesis, está completamente fuera de nuestro control, justifique adscripciones de responsabilidad por las acciones que constituyen sus efectos? Un aspecto central del antiguo problema filosófico del libre albedrío consiste en esta tensión entre la descripción de una acción como voluntaria (con todo lo que ello implica en materia de responsabilidad) y la afirmación, que algunos científicos sociales suscribirían, de que hubiera sido posible predecirla en el caso de poseer información relevante sobre las circunstancias que la rodearon (lo que parece poner en duda el sentido de responsabilizar al agente por su realización).

Es curioso que el antagonismo entre determinismo y libre albedrío haya motivado discusiones sobre el alcance de la responsabilidad penal que no tienen paralelo en otras áreas del derecho que se prestan a discusiones análogas. Sebastián Soler ha señalado, en este sentido, la inconsecuencia de aquellos positivistas penales que, tras abandonar, sobre la base de tesis deterministas, las nociones de culpa y pena en relación con la responsabilidad penal, no proclamaron la invalidez de los contratos o la inexistencia de responsabilidad civil por daños (Soler, 1977, 88). La utilización de los mismos criterios para generar obligaciones y responsabilidades en los campos penal y civil es, como vimos, una de las ventajas que Nino aduce en favor de su justificación consensual de la pena.

La distinción kelseniana entre «ser» y «deber ser» sugiere una estrategia para superar esta tensión entre responsabilidad y causalidad. En efecto, la noción de responsabilidad utilizada por Kelsen no privilegia ningún punto de vista especial sobre los antecedentes causales de la acción, y difícilmente podría ser de otro modo, dado su análisis de la responsabilidad en términos de normas, y de éstas como juicios formulados desde un «punto de vista» intraducible al lenguaje de la causalidad. Así, que el hombre primitivo vea en un rayo al autor, literalmente, de la muerte de una persona es comprensible, según Kelsen, en el contexto de una concepción que interpreta normativamente, como si

fueran integrantes de la sociedad, el «comportamiento» de objetos que hoy consideramos pertenecientes a la naturaleza y, como tales, sometidos al principio de causalidad (Kelsen, 1945; y 1979, 96-103). Al no haber, en opinión de Kelsen, conexión lógica entre el discurso normativo y el causal (1979, 90-96), la tensión señalada se desvanece: cada discurso es internamente consistente. En una concepción típicamente neokantiana como la de Kelsen, la responsabilidad no es algo que descubrimos mediante una investigación de acontecimientos y relaciones (como la supuesta conexión causal entre la volición y la acción) independientes de nuestro modo de conocer, sino que es un resultado de las suposiciones normativas con las que a veces interpretamos la realidad.

III. LA INTENCIÓN COMO CONDICIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

La intención es, como dijimos, la otra condición que usualmente se exige para la atribución de responsabilidad. La intención está esencialmente conectada con la descripción de la acción: una acción puede ser intencional bajo una descripción (por ejemplo, «dispararle al intruso») pero no serlo bajo otra descripción (por ejemplo, «dispararle al vecino que venía a pedirme un poco de harina»). En esto la intención es claramente diferenciable de la voluntariedad, que no varía con las distintas descripciones posibles de una acción (suponiendo que sea correcta la tesis de Donald Davidson [1966] de que puede haber diferentes descripciones de una misma acción).

Es difícil formular un principio general sobre el papel de la intención en la asignación de responsabilidad. La relación entre previsión, intención y responsabilidad ha sido intensamente estudiada con motivo de las discusiones sobre la «doctrina del doble efecto», sostenida en especial por la teología moral católica. De acuerdo con esta doctrina, es permisible producir un mal como un efecto colateral (no como algo que se intentó hacer) de lo que uno hace, pero no lo es el producir un mal como un fin intentado o como un medio necesario de un fin intentado. Se ha apelado a esta doctrina para explicar, entre otras cosas, la diferencia moral entre dos tipos de aborto, el que tiene lùgar en el curso de una histerectomía (considerado permisible porque el medio necesario para salvar la vida de la madre —la extirpación del útero— no es en sí mismo inmoral, mientras que la muerte del feto es un efecto colateral) y el aborto por craneotomía (considerado impermisible porque el medio necesario para salvar la vida de la madre, a saber, la destrucción del cráneo del feto, matándolo, es inmoral). Sin embargo, muchos filósofos morales rechazan la doctrina del doble efecto, alegando su incompatibilidad con nuestros juicios morales meditados. Así, Philippa Foot presenta el siguiente contraejemplo: hay cuatro pacientes en un hospital cuyas vidas podrían ser salvadas fabricando un cierto gas, pero ello libera inevitablemente vapores letales hacia la habitación de otro paciente a quien por al-

guna razón no podemos trasladar. La impermisibilidad de fabricar el gas para salvar a los cuatro pacientes, aun cuando la muerte del otro paciente sea un efecto colateral (es decir, no intentado), muestra, en opinión de Foot, que la doctrina del doble efecto es inadmisible (1978, 29).

Spector ha intentado mostrar que el análisis abstracto de la doctrina del doble efecto conduce, al igual que la consideración de casos hipotéticos como los que acabamos de citar, a conclusiones que le son adversas. Para Spector, las diferencias de evaluación moral que se observan en los pares de casos favorables a la doctrina (como los dos tipos de aborto descritos en el párrafo precedente) no puede residir en una diferencia en el papel causal de medios y efectos colaterales, pues unos y otros son, en el contexto de la doctrina, condiciones causalmente necesarias del fin. Asimismo, Spector rechaza un criterio propuesto por varios autores para trazar la distinción entre medios necesarios y efectos colaterales, de acuerdo con el cual sólo el efecto colateral puede ejemplificar a X en la siguiente proposición: «Si el agente creyera que su acto A no producirá X, estaría igualmente inclinado a hacer A». Spector observa que el agente también estaría inclinado a actuar si creyera que su acto producirá el fin sin producir los medios (en el contexto de su actuación necesarios) indeseables. Finalmente, Spector señala que el hecho de que, por lo general, lo que se considera efecto colateral sea contemporáneo con el fin, mientras que lo que se considera medio necesario precede al fin, debería ser irrelevante para la atribución de responsabilidad. Spector concluye, pues, que la doctrina del doble efecto no logra marcar la diferencia entre intención y previsión que necesita, o, si marca alguna, ella no es moralmente relevante (1992, 108-113).

Hay casos en los que parece razonable sancionar a alguien por acontecimientos que no son producto de ninguna acción intencional. Por ejemplo, los sistemas jurídicos generalmente penalizan diversas conductas negligentes que provocan daños en terceros. Una manera de analizar la base de la responsabilidad que opera en estos casos de negligencia es apelando, como hacen los penalistas, a la noción de delito culposo, que supone un estado subjetivo distinto de la intención, la culpa, fundante de la asignación de responsabilidad. Otra posibilidad es tratar, como Kelsen, de prescindir de toda invocación de factores subjetivos y sostener que en estos casos el derecho establece una responsabilidad «por el resultado», lo que quiere decir que el orden jurídico penaliza el incumplimiento de un deber de precaución, siempre y cuando ese incumplimiento sea seguido por un evento jurídicamente indeseable (Kelsen, 1979, 136-137). Sin embargo, parece imposible prescindir de todo componente subjetivo en la atribución razonable de responsabilidad, en un sentido amplio de «componente subjetivo» que incluye la voluntariedad. Como ha observado Hart, la voluntariedad es más fundamental para la atribución de responsabilidad que otros componentes subjetivos (que los penalistas anglosajones designan genéricamente como *mens rea*, y los continentales como «culpabilidad»). Si bien la res-

ponsabilidad por el resultado no requiere intención, y a veces ni siquiera negligencia, para imponer una sanción por una conducta ilícita, normalmente esa responsabilidad supone voluntariedad (Hart, 1968, 99). Esto vale también para el deber de precaución del que ha hablado Kelsen, pues normalmente no interpretamos las normas jurídicas que imponen tal deber como normas que prescriben sanciones incluso por el resultado de actos afectados por vicios de la voluntad.

IV. RESPONSABILIDAD INDIRECTA

Kelsen ha señalado que el responsable no siempre es el autor del hecho ilícito, lo que equivale a decir que puede darse el caso de que se deba sancionar a alguien distinto de quien no ha cumplido con una obligación jurídica (1979, 133-135). Cuando no hay coincidencia entre el autor del hecho ilícito y el responsable se suele hablar de «responsabilidad indirecta». Casos de responsabilidad indirecta generalmente previstos en los sistemas jurídicos son la responsabilidad civil de los empleadores por los daños causados por quienes están bajo su dependencia, la de los miembros de una sociedad por los daños causados por sus directivos, y la responsabilidad colectiva de los habitantes de un Estado por los actos agresivos contra otro Estado dispuestos por los gobernantes del primero; la utilización de la noción de responsabilidad en este último caso es posible en la concepción de Kelsen merced a su análisis de la guerra y las represalias como sanciones del derecho internacional (Kelsen, 1979, 323-325).

Obsérvese que en estos casos de responsabilidad indirecta no se abandona el requerimiento de voluntariedad; este requerimiento se aplica aquí a los hechos ilícitos realizados por personas distintas del responsable. Es irrazonable, por ejemplo, responsabilizar a un empleador por daños causados por dependientes afectados de severas e imprevisibles perturbaciones mentales. Un caso más problemático es el de la responsabilidad civil, que por lo general los sistemas jurídicos atribuyen a los padres por los daños causados por sus hijos menores. El considerar que éste es también un caso de responsabilidad indirecta supondría tratar como voluntarios los actos de menores, lo que sería objetado por muchos autores, sobre todo cuando los menores son de muy corta edad. Si, en cambio, se juzga que los actos de los menores son no (plenamente) voluntarios, entonces parece natural pensar que en estos casos hay una responsabilidad por el resultado, como la que el derecho asigna a veces a quien tiene bajo su control ciertas cosas por los daños que ellas causen a terceros.

V. RESUMEN Y CONCLUSIONES

Se dice que un individuo es responsable cuando es objeto apropiado de reproche jurídico o moral. La voluntariedad y la intención son los fac-

tores generalmente invocados para justificar asignaciones de responsabilidad.

La voluntariedad es una condición necesaria de la responsabilidad. Usualmente se considera que ciertas anormalidades psíquicas, la coerción, el estado de necesidad, el error y la ignorancia eliminan la voluntariedad de la acción («vicios de la voluntad»). Hay, en cambio, una extendida discrepancia sobre la caracterización de la voluntariedad misma. Aristóteles ha inaugurado una tradición teórica según la cual una acción es voluntaria cuando es causada por un fenómeno mental, la volición. Esta concepción ha sido criticada por filósofos conductistas como Ryle.

Muchos autores han creído que la causación de la acción es un impedimento para atribuir responsabilidad por ella. Una exposición típica de este punto de vista es la de Strawson, para quien el determinismo es incompatible con nuestras presuposiciones morales más profundas. En cambio, a partir de una concepción de la voluntariedad en términos de control por los propios deseos, autores como Mackie han objetado la creencia de que el determinismo obliga a renunciar a adscripciones de responsabilidad. Por otra parte, se ha criticado a ciertas defensas del libre albedrío sobre la base de que ellas hacen imposible la adscripción de responsabilidad que tratan de rescatar; en efecto, esas posiciones ven en la acción un evento emergente, al margen de toda conexión causal, lo que la transforma en algo accidental y, como tal, desprovisto de relevancia moral. El pensamiento de Kelsen, en cambio, conduce al rechazo de la suposición en la que parece basarse esta crítica, a saber, la idea de que la inexistencia de causas de la acción lleva a la inexistencia de responsabilidad. Para Kelsen, la oposición relevante en esta cuestión es causalidad-normatividad, y la adopción del «punto de vista» de la normatividad (que es compatible con la adopción en otros contextos, como los de las ciencias sociales no-normativas, del «punto de vista» de la causalidad) es lo que otorga sentido a las atribuciones de responsabilidad.

Se han dado diversas explicaciones del papel de los vicios de la voluntad en la exención de responsabilidad. Bentham ha intentado justificar la disminución o desaparición de responsabilidad que generan los vicios de la voluntad invocando la impotencia disuasiva de la amenaza penal en presencia de tales vicios. Sin embargo, como ha señalado Hart, una regla que castigue solamente actos voluntarios no podría ser justificada sobre las propias bases utilitaristas que suscribe Bentham. Por lo demás, la noción misma de pena no tendría cabida en una ética utilitarista, lo que ha llevado a muchos autores a adoptar el enfoque retribucionista propuesto por Kant para justificar la pena. La teoría «consensual» de la pena elaborada por Nino incorpora la creencia utilitarista de que la imposición de penas tiene que beneficiar a la sociedad, pero se aparta del utilitarismo al incorporar un principio distributivo de acuerdo con el cual sólo pueden ser penalizados quienes consintieron en contraer responsabilidad penal. La idea de consentimiento de Nino es similar a la idea de voluntariedad que fundamenta la validez de los contratos, con lo

cual su teoría aspira a brindar una explicación unificada de la relevancia jurídica de los vicios de la voluntad en el derecho civil y el derecho penal. Finalmente, Spector ha defendido la tesis de que los vicios de la voluntad eximen de responsabilidad porque obstaculizan la revelación del carácter moral del agente a través de su conducta.

A diferencia de la voluntariedad, la intención está esencialmente conectada con la descripción de la acción. Los teóricos del doble efecto han pensado que la distinción entre intención y efecto colateral es relevante para la atribución de responsabilidad moral. Sin embargo, la doctrina del doble efecto enfrenta contraejemplos (como los señalados por Foot). Por lo demás, y como ha mostrado Spector, no es posible trazar de un modo moralmente relevante la distinción entre intención y efecto colateral.

La responsabilidad por conductas negligentes siembra dudas sobre la relevancia de los factores subjetivos (entre ellos, la intención) como condición necesaria de la responsabilidad. Las ideas de culpa y de responsabilidad por el resultado procuran acomodar estos casos. Con todo, los componentes subjetivos, en un sentido de «subjetivo» lo suficientemente débil como para abarcar la voluntariedad, parecen necesarios para asignar responsabilidad. Esto vale también para los casos en que el responsable no es el autor del hecho ilícito (responsabilidad indirecta): no parece razonable sancionar a una persona por actos involuntarios de aquellos por cuya conducta responde. Con todo, la responsabilidad por actos de menores plantea dificultades a esta extensión del requisito de voluntariedad a la responsabilidad indirecta, a menos que se piense que lo que en realidad tiene lugar en estos casos es una responsabilidad por el resultado.

BIBLIOGRAFÍA

Aristóteles, *Ethica Nicomachea*, en R. McKeon (ed.), *The Basic Works of Aristotle*, W. D. Ross (trad.), Random, New York.

Bentham, J. (1970), *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation,* J. H. Burns y H. L. A. Hart (eds.), Methuen, London-New York.

Davidson, D. (1966), «The Logical Form of Action Sentences», en N. Rescher (ed.), *The Logic of Decision and Action*, University of Pittsburgh Press, Pittsburgh.

Foot, Ph. (1978), «The Problem of Abortion and the Doctrine of the Double Effect», en Ph. Foot (ed.), *Virtues and Vices and Other Essays in Moral Philosophy*, Basil Blackwell, Oxford.

Hart, H. L. A. (1968), *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, Clarendon, Oxford.

Kant, I. (1887), *Philosophy of Law*, W. Hastie (trad.), Edimburgo; v. or. *Metaphysik der Sitten*, Königsberg, 1797.

Kelsen, H. (1945), *Sociedad y naturaleza. Una investigación sociológica*, J. Perriaux (trad.), Depalma, Buenos Aires; v. or. *Society and Nature: A Sociologial Inquiry*, Chicago, 1943.

Kelsen, H. (1979), *Teoría Pura del Derecho*, R. Vernengo (trad.), Universidad Nacional Autónoma de México, México; v. or. *Reine Rechtslehre*, Viena, 1960.

Mackie, J. L. (1977), «The Grounds of Responsibility», en P. M. S. Hacker y J. Raz (eds.), *Law, Morality and Society. Essays in honour of H. L. A. Hart*, Clarendon, Oxford.

Nino, C. S. (1980a), *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires.

Nino, C. S. (1980b), *Los límites de la responsabilidad penal*, Astrea, Buenos Aires.

Ryle, G. (1967), *El concepto de lo mental*, E. Rabossi (trad.), Paidós, Buenos Aires; v. or. *The Concept of Mind*, London, 1949.

Soler, S. (1977), «Estructuras objetivas y figuras jurídicas»: *Derecho Comparado 1*.

Spector, H. (1983), «El problema de la responsabilidad moral»: *Análisis Filosófico 2/III*.

Spector, H. (1992), *Autonomy and Rights. The Moral Foundations of Liberalism*, Clarendon, Oxford.

Strawson, P. (1974), *Freedom and Resentment and Other Essays*, Methuen, London.

SANCIÓN Y COACCIÓN

Jerónimo Betegón

I. EN TORNO AL CONCEPTO DE SANCIÓN

En un sentido amplio el concepto de sanción hace referencia a las medidas que un orden normativo cualquiera dispone a fin de reforzar el respeto de las propias normas y, en su caso, remediar los efectos de su inobservancia. Presupone de esta forma la posibilidad teórica, en primer lugar, de que en todo sistema u orden normativo cualquiera de su normas puede ser violada y que, de hecho, en mayor o menor medida, una buena parte de las normas que integran los sistemas jurídicos son vulneradas.

Partiendo de la anterior constatación[1], todo orden normativo, que asume la pretensión de ser efectivo, esto es, de no desaparecer como consecuencia de la general inobservancia hacia las normas que lo componen, arbitra medidas que pueden ser objeto de un primer ensayo clasificatorio en función del momento en que se produce el hecho de la violación. Cuando ésta aparece como mera hipótesis probable, los expedientes a los que recurre un orden normativo son de una naturaleza *preventiva*. De acuerdo con Bobbio, entre este tipo de medidas se pueden distinguir aquellas que se valen de medios materiales (control, vigilancia, etc.), de las que representan técnicas estrictamente psicológicas o de desalentamiento de conductas (disuasión y, fundamentalmente, en el caso de un sistema jurídico, intimidación). De otra parte, y cuando el supuesto de la violación o infracción de una norma ya no representa una conducta a evitar sino una realidad, las sanciones, que el autor citado denomina *sucesivas*, aparecen como reacciones desfavorables frente a aquel comportamiento no deseado, pudiendo asumir un carácter reparador del daño producido y/o punitivo respecto de su agente[2].

1. Bobbio, 1969, 530.
2. Bobbio, 1969, 531.

El panorama de una posible tipología de las medidas de reforzamiento de las normas se completa con las llamadas, en un lenguaje más técnico que común, *sanciones positivas*. Si generalmente por «sancionar» entendemos la inflicción de un mal a quien no ha conformado la conducta a una regla, la sanción positiva alude, en palabras de Gavazzi, a «aquellas consecuencias agradables o a aquellos bienes que el derecho promete a quien se acomoda a ciertos esquemas de comportamiento»[3]. Sin embargo, aun cuando el Estado asistencial ha hecho cada vez más frecuente el recurso a técnicas de alentamiento de conductas y provocado, en cierta medida, un necesario distanciamiento de la concepción tradicional del derecho como un orden de carácter protector represivo, domina la idea que sigue viendo en aquél un ordenamiento centralmente coactivo, en el que el nexo o unión entre el derecho y la fuerza es necesario e indisoluble[4]. Quizá porque, como ha señalado D'Agostino, el carácter espectacular que históricamente tiende a asumir la administración de justicia —esencialmente la penal— tiene un claro significado fenomenológico de aseguramiento de orden coexistencial, y sólo secundariamente aquel de tipo psicológico de inducción a modos concretos de acción[5].

Que el término «sanción», tal como es empleado en el lenguaje propio de la teoría jurídica, hace referencia exclusivamente al concepto de sanción negativa es algo que ha estado presente en la tradición positivista desde la obra de John Austin. Responde ello a una concepción del Derecho que, desde una perspectiva funcional, le asigna de manera predominante la tarea de asegurar determinados intereses a través de la protección de las conductas conformes con las normas formuladas y de la represión de aquellas que representan acciones desviadas. Kelsen, en la segunda edición de la *Teoría pura del Derecho*, después de admitir la posibilidad de la existencia de reglas cuya consecuencia normativa sea un premio y no un castigo, afirma la importancia secundaria de aquéllas en el contexto de ordenamientos jurídicos que se configuran, rigurosa y apriorísticamente, como ordenamientos coercitivos[6].

Como ha señalado Bobbio, la noción de sanción positiva se recaba «a contrario» de la sanción negativa, por otra parte mucho más elaborada. Ello daba lugar a que la elaboración conceptual de aquéllas estuviera guiada por una pretensión de simetría: «Mientras el castigo es una reacción a una acción mala, el premio es una reacción a una reacción buena. En el primer caso la reacción consiste en devolver mal por mal; en el segundo, bien por bien [...]»[7]. Y si cabía distinguir las sanciones negativas según se configuraran como medidas retributivas —penas

3. Gavazzi, 1970, 163.
4. Bobbio, 1980a, 371.
5. F. D'Agostino, *Enciclopedia del Diritto XLI*, 311. Cf. en este sentido, Foucault, 1975.
6. Kelsen, 1981, 47.
7. Bobbio, 1980b, 384.

propiamente dichas— o reparadoras —resarcimiento de un daño—, también las sanciones positivas pueden ser objeto de análoga clasificación. Hay sanciones positivas —los premios— que sirven a una finalidad exclusivamente retributiva; representan una reacción favorable frente a un comportamiento ventajoso para la sociedad o meritorio desde el punto de vista individual. Otras sanciones positivas se desligan del mero reconocimiento y persiguen la compensación por el esfuerzo o sacrificios invertidos, adquiriendo así un carácter indemnizatorio[8].

En el enfoque sumamente restrictivo que la teoría de Kelsen hace del concepto de sanción positiva, la posibilidad de un tratamiento simétrico entre ambos tipos de medidas, entre la concesión de honores, condecoraciones o premios y la adjudicación de castigos había quedado excluida:

> [...] las normas relativas a la concesión de títulos y condecoraciones se encuentran en una relación esencial con las normas que estatuyen las sanciones [...] un emblema cuyo sentido subjetivo es un mérito, o bien no está jurídicamente prohibido, es decir, no es condición de una sanción y, por lo tanto, está negativamente permitido; o bien —y tal es el caso normal— se encuentra permitido jurídicamente, vale decir: está prohibido, y por ende, es condición de una sanción si no está expresamente permitido a través de un acto de autorización[9].

Pero sin duda el mayor ataque a la noción de sanción positiva se contiene en *La Teoría general de las normas*, obra póstuma de Kelsen, donde se cuestiona de forma directa su propia juridicidad. Se afirma ahora —y desde una perspectiva igualmente restrictiva acerca de la idea de la sanción positiva— que las normas que autorizan la concesión de los premios, títulos honoríficos o condecoraciones, no establecen de forma directa sanciones jurídicas, ya que no puede afirmarse que prevean reacciones respecto de comportamientos lícitos prescritos por normas jurídicas, sino reacciones hacia conductas que la sociedad valora favorablemente en virtud de otro tipo de razones. No se exige ya la mera conformidad del comportamiento con el deber jurídico. Ésta no condiciona la recompensa o el reconocimiento social que comporta, sino la acción meritoria precisa una conducta especialmente positiva, que exceda aquella conformidad con el propio deber jurídico: «La concesión de honores de este tipo es una sanción moral autorizada por el ordenamiento jurídico que por el hecho de resultar autorizada

8. Un planteamiento esctrictamente simétrico entre penas y recompensas había sido expuesto ya por Kant en *La Metafísica de las costumbres*: «El mérito (meritum) consiste en hacer algo conforme al deber, además de lo estrictamente exigible por la ley. Si no se hace más que lo prescrito por la ley, no hay más que el pago de una deuda (débitum), pero si se hace menos, hay delito moral, demérito (demeritum). El efecto jurídico del delito es la pena (poena), el de una acción meritoria es la recompensa (premium), suponiendo que la recompensa prometida en la ley haya sido la causa de la acción. La conformidad con el deber (debitum) no tiene efectos jurídicos» (1797, 334).

9. Kelsen, 1981, 48.

por el ordenamiento jurídico deviene indirectamente en una sanción jurídica»[10]. Son sanciones, en fin, que existen sólo en el ámbito de la moral y no en el del derecho, y las normas en cuestión no son elementos constitutivos esenciales de un ordenamiento jurídico en el mismo sentido que aquellas que prescriben, en caso de comportamientos ilícitos, actos coercitivos como la pena o la ejecución forzosa.

II. LA SANCIÓN NEGATIVA DESDE EL NORMATIVISMO JURÍDICO

Desde luego, quien como Kelsen concibe que el rasgo distintivo básico de un ordenamiento jurídico respecto de otros ordenamientos normativos es la regulación del uso de la fuerza, o la coacción institucionalizada, y por ende, que la sanción jurídica consiste en el uso de la fuerza física, cierra el camino a la autonomía conceptual de la sanción positiva. Frente a esta reducción de la sanción jurídica a pura coacción, los defensores de un concepto más amplio de la misma, como Bobbio, prefieren interpretarla como una reacción a la violación, que puede ser incluso de carácter económico, social o moral, y que viene garantizada, en última instancia, por el recurso a la fuerza. Así, el resarcimiento de un daño, el pago de una multa o el derribo de un muro abusivo, no tendrían nada que ver con el puro uso de la fuerza y sí, por el contrario, con el cumplimiento de determinadas obligaciones secundarias que se halla respaldado, en un momento anterior, por la amenaza, y en otro posterior, por la efectiva entrada en funcionamiento de un aparato ejecutivo dotado de medios coactivos que impone el cumplimiento forzoso, o bien otro alternativo, de la obligación incumplida[11].

Pero si bien la concepción sancionadora de las normas no parece dar satisfactoria cuenta del concreto problema de las sanción positiva, han sido otros los argumentos que de forma general han puesto en tela de juicio su capacidad para ofrecer un modelo teórico autosuficiente del concepto de sanción. Aquellos argumentos han ido dirigidos fundamentalmente a la teoría kelseniana de la norma jurídica, al configurarse ésta como el más sobresaliente intento por hacer de la sanción el concepto primario a partir de la cual se definen, directa o indirectamente, el resto de los conceptos jurídicos elementales[12]. La concepción

10. Kelsen, 1985, 209-210.

11. Bobbio, 1980b, 387.

12. Ha de tenerse en cuenta, sin embargo, que la teoría tradicional que define al derecho a partir de la idea de coacción fue ya expuesta por Ihering (1877), para quien el Derecho era «el conjunto de normas coactivas vigentes en un Estado», y que el imperativismo inglés, de la mano fundamentalmente de J. Austin, al defender la idea del Derecho en términos de mandatos, había considerado a éstos como la expresión de una relación de superioridad que se traducía en «el poder de influir sobre la conducta de otros mediante un daño o castigo, y de obligarles, mediante el miedo a ese daño, a moldear su conducta según los deseos (del soberano)». Cf. Austin (1832); la cita está extraída de Páramo (1984, 153).

kelseniana que hace de la coacción el contenido esencial de las normas, no se halla desarrollada con minuciosidad en ninguna de las obras fundamentales del autor. Bastará para fijar sus extremos la siguiente declaración que se contiene en la *Teoría General del Derecho y del Estado*: «Una norma es jurídica no porque su eficacia esté asegurada por otra que establece una sanción; es jurídica en cuanto establece ella misma una sanción. El problema de la coacción (compulsión, sanción) no es un problema de aseguramiento de la eficacia de las normas, sino un problema sobre el contenido de las mismas»[13].

La dificultad mayor que encuentra la concepción sancionatoria de las nórmas de Kelsen radica probablemente en la inversión que establece entre el concepto tradicional de norma primaria —aquella que prescribe un deber u obligación—, y el de norma secundaria —la que especifica la sanción para el incumplimiento de la norma primaria—. Como es sabido, de acuerdo con la teoría de Kelsen, son estas últimas las normas genuinamente jurídicas; un orden jurídico está exclusivamente integrado por este tipo de normas y, por tanto, son ellas las que han de ser consideradas como normas primarias. En la *Teoría general de las normas*, Kelsen escribe a este respecto los siguiente:

> Es habitual la distinción entre normas jurídicas que prescriben un cierto comportamiento y normas jurídicas que conectan una sanción para el comportamiento contrario a estas normas, recurriendo a los conceptos de norma primaria y norma secundaria; por ejemplo, «no se debe robar»; «si alguien roba, debe ser castigado». Pero la formulación de la primera de las dos normas es superflua, por cuanto que el deber-no-robar consiste jurídicamente en el deber-ser-castigado vinculado a la condición de robar[14].

Según este modo de ver el derecho, todas las normas genuinamente jurídicas representarían órdenes condicionales a los funcionarios para que aplicasen sanciones, pudiendo ser reformuladas bajo este esquema explicativo todas las normas jurídicas (incluidas aquellas que confieren potestades públicas o privadas y regulan su ejercicio), mediante una elaboración cada vez más compleja de la cláusula condicional.

Este intento de explicar el derecho desde una supuesta uniformidad de las normas que lo componen fue lúcidamente criticado por H. L. A. Hart en su obra *El concepto de derecho*[15]. Un análisis pormenorizado de esta crítica excede ampliamente el propósito de estas páginas, pero la idea que dirige el razonamiento crítico gira en torno a la deformación de las diferentes funciones sociales que provoca la aparente simplificación de la variedad de reglas jurídicas a una forma única bajo la

13. Kelsen, 1979, 29. La misma tesis fue asimismo defendida por autores no kelsenianos como Olivecrona (1980, 103-104), y A. Ross (1963, 34).
14. Kelsen, 1985, 209.
15. Hart, 1977, 45 ss.

pretensión de mostrar que el concepto de derecho es deudor exclusivo del elemento de la coacción[16].

En la última obra de Kelsen, la sanción es definida como «un comportamiento respecto de una persona que generalmente es concebido como un mal y que —de acuerdo con una norma del ordenamiento— debe ser infligido a una persona, si ésta, u otra que mantiene con ella una determinada relación social, se ha comportado de manera no conforme al ordenamiento»[17]. Del conjunto de su obra puede, sin embargo, derivarse una caracterización más precisa. Nino concreta el concepto kelseniano de «sanción» en la presencia necesaria y suficiente de las siguientes propiedades: *a*) se trata de un acto coercitivo, o sea de un acto de fuerza efectiva o latente. Lo que caracteriza a la sanción, según Kelsen, no es tanto la aplicación efectiva de la fuerza cuanto la posibilidad de aplicarla si el destinatario de aquella no colabora; *b*) ha de tener por objeto la privación de algún estado de cosas que por la generalidad de los individuos sea apreciado favorablemente; *c*) quien lo ejerce debe estar autorizado por una norma válida; y *d*) debe ser la respuesta a una actividad voluntaria de un agente, es decir, la consecuencia de una conducta realizada mediando capacidad de omitirla[18].

En general, la crítica principal frente a las definiciones positivistas de «sanción» es de carácter interno. Y surge por la dificultad de obviar defectos de circularidad sin trascender la construcción puramente formal del derecho en que se enmarcan. Ello se advierte claramente en la definición de sanción ahora referida en la que el concepto que denota se vincula al delito y éste, a su vez, es definido esencialmente como aquella conducta que una norma jurídica válida describe en cuanto condición necesaria para que se aplique una sanción[19]. Desde la perspectiva del positivismo jurídico se excluye la posibilidad de que puedan concebirse conductas intrínsecamente malas (*mala in se*): «No se trata de ninguna propiedad inmanente y tampoco de ninguna relación con alguna norma metajurídica, natural o divina, es decir, de ninguna relación con un mundo trascendente al derecho positivo, la que hace de determinada conducta humana un acto ilícito o delito»[20]. La única forma posible de entender, por tanto, la relación entre ilícito y sanción es

16. Para mostrar la insuficiencia del modelo sujeto a crítica, Hart contrapone la sanción por un delito, como puede ser la multa por una determinada actividad, al pago de un impuesto. Ambas consecuencias no pueden ser consideradas como iguales aun cuando en ambos casos haya de por medio directivas a funcionarios para infligir un mismo daño patrimonial o, dicho de otra forma, aun cuando ambas normas compartan la misma estructura hipotética del modelo kelseniano; para Hart lo que distingue a estas ideas es que «la primera, a diferencia de la segunda, implica el incumplimiento de un deber, en la forma de una violación de una regla establecida como guía para la conducta de los ciudadanos ordinarios» (1977, 49-50).

17. Hart, 1977, 49-50.

18. Nino, 1980, 168.

19. Kelsen, 1981, 125.

20. Kelsen, 1981, 126.

que una acción u omisión es un acto ilícito *porque* se le ha conectado un acto coactivo como su consecuencia.

La salida a esta circularidad, en la que incurren asimismo otros conocidos ensayos de definición del concepto de sanción o pena[21], no parece fácil. Nino[22], por ejemplo, ha tratado de reformular el concepto de pena sin hacer referencia a su conexión con el delito, fijándose en dos rasgos característicos de la pena respecto de otras medidas coactivas que pueden ser igualmente aplicadas por el Estado. La primera de ellas alude a la carga de sufrimiento que habitualmente comparten todas ellas, pero que en el caso de la pena figura como un componente esencial de la razón por la que se recurre a la misma. Aun a riesgo de que su estipulación como propiedad distintiva pueda suponer la creación de una suerte de barrera definicional que cerrara la posibilidad de determinados argumentos justificatorios (fundamentalmente, la reforma o rehabilitación del delincuente), es cierto que en el caso de la pena, el sufrimiento o, menos dramáticamente, la carga de displacer que conlleva su aplicación es un efecto intencional del acto de recurrir a ella. Por el contrario, cuando se describen otras prácticas igualmente coercitivas cuya aplicación corre también a cargo del Estado, como pueden ser la cuarentena por enfermedades infecciosas o una ejecución civil, los efectos desagradables son, como afirma Nino, un «mero subproducto» o, en todo caso, «una consecuencia necesaria de una privación cuya función no está relacionada con tal sufrimiento»[23].

La segunda propiedad distintiva de la pena se encontraría en la conexión que quepa establecer entre la pena y los sentimientos de indignación o juicios de reprobación moral que su imposición provoca en relación al destinatario de la misma por parte de la comunidad[24]. A diferencia de otras medidas coactivas, la pena representaría un expediente convencional del que la autoridad punitiva se vale, o es el medio para la expresión del resentimiento experimentado por la sociedad respecto de la acción realizada por el autor del delito. O, al menos, si su imposición no siempre es identificable con una vía por la que se canaliza este tipo de sentimientos negativos, sí cabe considerarla, de acuerdo con quienes defienden esta posición, como un símbolo de la indignidad moral de quienes la sufren[25]. Esta reacción que otorga esta dimensión

21. Cf. en este sentido las ofrecidas por Hart (1968, 200 ss).

22. Nino, 1980, 200 ss.

23. Nino, 1980, 203.

24. En relación con este aspecto de la pena, Nino se fija principalmente en el planteamiento que hace Feinberg (1970). El núcleo de este tipo de argumentación en relación a la pena se encuentra con cierta frecuencia en la obra de célebres jueces ingleses, como Stephen (1967) o Devlin (1965).

25. Hart ha sometido esta concepción, a la que ha denominado teoría denunciatoria de la pena, a una aguda crítica, basándose principalmente en que: *i*) refleja una simplificación inaceptable tanto de la tarea de los jueces como de lo que representa la escala de valores morales que comparte una sociedad; resulta cuando menos sociológicamente ingenuo presumir la

simbólica a la pena es descrita como una simple asociación, por parte de la comunidad, entre la comisión de actos moralmente reprensibles y la regular adjudicación de castigos hacia esas acciones, hasta el punto, como señala Nino, que el mero conocimiento de que alguien es objeto de una de estas medidas, sin saber qué acción ha dado lugar a la misma, provoca los mismos juicios y reacciones que se tienen en presencia de actos moralmente reprensibles[26].

III. ACERCA DE LA JUSTIFICACIÓN DE LA PENA

Como se ha podido comprobar en el párrafo anterior, la discusión en torno a los rasgos definitorios del concepto de pena introducía rápidamente la toma en consideración de argumentos justificatorios. Cuando se trata de prácticas que precisan justificación porque comportan alguna clase de perjuicio o displacer, la distinción entre cuestiones de definición y argumentos justificatorios se hace particularmente borrosa, y en el caso de la pena ello ha introducido notables dosis de confusión en el debate acerca de su justificación. Es conocido que en este ámbito, y fundamentalmente dentro del círculo de la filosofía moral de habla inglesa de los aproximadamente cincuenta últimos años, ha predominado el sempiterno enfrentamiento entre las llamadas teorías retribucionista y utilitarista que reconocen en Kant y Bentham[27], respectivamente, a sus progenitores intelectuales.

Para el utilitarismo, la pena encuentra su posibilidad de justificación exclusivamente en las buenas consecuencias que su imposición pueda deparar. Partiendo de que ésta representa un mal («[...] all punishment is mischief, all punishment in itself is evil», afirma Bentham[28]) su aceptabilidad dependerá, por tanto, de si el grado de su iniquidad intrínseca excede o no de la bondad de los efectos que surte sobre su destinatario o el conjunto de la sociedad. A partir de aquí, los utilitaristas se dividen acerca de qué tipo de efectos han de ser considerados relevantes para determinar la justificabilidad del castigo. Para unos, será la capacidad que éste pueda tener para intimidar —para prevenir, por tanto, la reali-

existencia de tal grado de homogeneidad en la moral social de una comunidad que permita al juez erigirse en portavoz de la misma, y *ii*) tampoco es claramente inteligible la afirmación acerca de que la pena sea la forma de expresión adecuada para llevar a cabo dicha condena moral, y no baste a tal fin, por ejemplo, una declaración oficial, solemne y pública. Cf. Hart, 1968, 169 ss.

26. Esta posición está estrechamente relacionada con el argumento justificatorio que ve en el castigo un acto esencialmente comunicativo por medio del cual se pretende que el autor de la ofensa conecte de nuevo con ciertos valores, compartidos generalmente por la sociedad, y de los que supuestamente la realización de aquella le ha apartado. Cf., fundamentalmente, Nozick, 1981, 363 ss.

27. Kant, 1982, 452 ss, y Bentham, 1823, 170 ss.

28. Bentham, 1823, 170.

zación de nuevas ofensas o delitos—, y desde esta perspectiva podrá valorarse de diferente forma si este efecto se consigue respecto del propio agente que ha realizado la acción o respecto de la sociedad en su conjunto, para quien la representación del padecimiento de una determinada pena puede resultar ejemplarizante. Para otros utilitaristas poseerán un mayor valor las buenas consecuencias del castigo que consistan en la rehabilitación del reo, es decir, en un drástico cambio de su escala de valores que le impida en el futuro llevar a cabo acciones que sean reprobadas generalmente por los miembros de su comunidad. Y, por fin, una tercera clase de utilitaristas contemplará el efecto incapacitario como el único que compensa los males de la pena, ya que al excluir de la circulación social al sujeto en cuestión, se garantiza ciertamente que no cometa ninguna acción delictiva[29].

El utilitarismo no ha sido ajeno al empleo de estrategias definicionales en la formulación de sus argumentos justificatorios, ya que al afirmar que la pena es un mal —recuérdese la definición de Bentham— coloca al retribucionismo en la difícil situación de demostrar que de la combinación de dos males —delito y pena— puede surgir un bien, donde éste no puede ser entendido en términos de buenas consecuencias. Desde esta perspectiva parece que, efectivamente, la pena sólo puede ser justificada como el menor de aquellos dos males[30].

Pero, en otras ocasiones, el recurso por parte del utilitarismo a esta clase de estrategias ha sido aún más patente. Así ha ocurrido frente a la tradicional objeción acerca de que la coherencia de su planteamiento conduce a la admisión, en circunstancias extremas[31], del castigo de personas inocentes. Entre las respuestas esgrimidas, ciertos autores han optado por defender la idea de que la expresión «castigo del inocente» representa una contradicción en los términos, porque el concepto de pena implica el de culpabilidad, en el sentido de que «pena» viene definido, en parte, como inflicción de sufrimiento o displacer a quien es culpable de haber cometido un delito u ofensa[32]. De acuerdo con este plantea-

29. La bibliografía en torno a la efectiva capacidad de los sistemas penales para impedir y/o rehabilitar al penado es muy abundante y de larga tradición en la dogmática penal europea. Me limito aquí, sin embargo, a indicar alguno de los recientes estudios que han ejercido cierta influencia en el debate contemporáneo anglo-norteamericano: Hampton (1984); Blumstein, Cohen y Nagin (1978); Andenaes (1972); y Zimring y Hawkins (1973).

30. Kleinig, 1973, 11.

31. El conocido ejemplo fue descrito en McCloskey (1965).

32. Cf., en este sentido, Quinton (1969, 133-142). Los otros argumentos a los que hago referencia han consistido básicamente en que: *i*) castigar a personas inocentes desafía las propias premisas del utilitarismo por cuanto, de hecho, no produce las mejores consecuencias si tomamos en cuenta todas las que se derivan de este tipo de acciones, es decir, incluimos en el cálculo utilitarista aquellas que cabe observar a más largo plazo y las de carácter menos obvio; y *ii*) las únicas situaciones en las que se produciría una optimización del estado de cosas son hipotéticas, fantásticas, o impensables en la vida real. Una buena descripción de estos argumentos en Ten, 1987, 17-37, y en Rabossi, 1976, 30-34.

miento, esta caracterización resulta necesaria si se pretende, una vez más, distinguir la pena en cuanto sanción, de otras medidas coactivas, como puede ser el internamiento forzoso de enfermos contagiosos. La respuesta adecuada parece ser la que aportaba Nino y que ya ha sido resumida líneas arriba: sólo en la pena el sufrimiento que su imposición comporta aparece como un efecto intencional y no subordinado de la misma, además de que también pueda llevar aneja cierta carga simbólica. Pero con independencia de esto, la hipotética aceptación del argumento de la corrección lógica sólo implicaría que ciertas prácticas, aquéllas que puedan tener lugar cuando, por ejemplo, en aplicación de una norma se priva de la libertad a una persona sabiendo de su inocencia, no puedan ser descritas como «pena» o «castigo». Permanece, como resulta obvio, la posibilidad de la crítica moral hacia las mismas.

El retribucionismo, tradicionalmente, ha sido mucho más parco a la hora de exponer y desarrollar sus argumentos justificatorios. En la actualidad, es difícil establecer un acuerdo general acerca de cómo identificar qué teorías son retribucionistas, a excepción de que todas ellas defienden la idea, heredada de sus clásicos (Kant y Hegel, principalmente), de un vínculo esencial entre las nociones de pena y merecimiento. Quizá porque en la obra de éstos no aparece suficientemente explicitado el significado de la idea de merecimiento cuando ella es referida a la adecuación de un tratamiento negativo (demérito), quienes en la actualidad han hecho uso de ella como noción central de su argumentación la han interpretado muy diversamente. Y seguramente con una menor consistencia teórica de la que muestran las propuestas de justicia distributiva que recurren a la noción de merecimiento positivo para aludir al esfuerzo, la capacidad de sacrificio, u otras cualidades personales, en cuanto criterios de asignación de beneficios o premios[33].

Más que de una teoría retribucionista, por tanto, habría que hablar en la actualidad de una diversidad de razones retribucionistas en favor del castigo. Sin ánimo de exhaustividad, éstas han consistido en la simple y difícilmente inteligible, por escasamente racional, idea de que el autor de una ofensa merece sufrir y que esto es algo intrínsecamente bueno (retribucionismo «puro»)[34], o en otros argumentos de mayor complejidad. Entre éstos figuran la llamada teoría denunciadora de la pena, o su pariente cercano que ve en esta clase de medidas un acto comunicativo —a ello me he referido más arriba—, y aquél que considera que el castigo es un mecanismo adecuado para restaurar una situación de desequilibrio en el reparto de las cargas sociales provocado por la introducción del delito[35].

En general, creo que puede afirmarse de todas estas propuestas que: *i*) no suministran razones adecuadas en favor de la pena, en el sen-

33. Cf., por ejemplo, Sadurski (1985) o Sher (1987). Una buena descripción de la articulación de la noción de mérito respecto del principio de igualdad en Laporta (1985).
34. Kleinig (1973, 67 ss) o Davis (1972, 136-140).
35. Morris (1973), Finnis (1972) y Murphy (1979).

tido de que si bien alcanzan a justificar algún tipo de reacción o medida en relación al delito, no determinan que ésta haya de adoptar la forma específica de la pena, tal como habitualmente aparece en las leyes penales (esto es, principalmente como medidas privativas de libertad); y *ii*) por consiguiente no logran eliminar la sospecha de que la elección de estas últimas en cuanto tipo de respuesta preferida por las leyes penales se debe a razones utilitaristas; básicamente, su presunta mayor eficacia en la reducción de la criminalidad. Si esto es así, es decir, si la institución de la pena sólo se determina y justifica desde argumentos de utilidad, al retribucionismo le queda lo que ya Hart observara en un clarividente trabajo[36]: el suministro de razones que supongan límites a la práctica de castigar, restringiéndola a quienes son culpables —¿o sinceramente creídos culpables?— de la realización de una ofensa.

BIBLIOGRAFÍA

Andenaes, J. (1972), «Does Punishment Deter Crime?» (1968), en G. Ezorsky (ed.), *Philosophical Perspectives on Punishment*, State University of New York Press, Albany, 342 ss.

Austin, J. (1954), *The Province of Jurisprudence Determined* (1832), H. L. A. Hart (ed.), Weidenfeld and Nicholson, London.

Bentham, J. (1823), *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1789), Clarendon, Oxford.

Betegón, J. (1992), *La justificación del castigo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Blumstein, A., Cohen, J., y Nagin, D. (eds.) (1978), *Deterrence and Incapacitation: Estimating the Effects of Criminal Sanctions on Crime Rates*, National Academy of Sciences, Washington.

Bobbio, N. (1969), «Sanzione», en *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XVI, 530-540.

Bobbio, N. (1980a), «La función promocional del derecho» (1969), en *Contribución a la teoría del Derecho*, A. Ruiz Miguel (ed.), F. Torres, Valencia, 367 ss.

Bobbio, N. (1980b), «Las sanciones positivas» (1971), en *Contribución a la teoría del Derecho*, A. Ruiz Miguel (ed.), F. Torres, Valencia, 383 ss.

Bobbio, N. (1980c), «Derecho y fuerza» (1965), en *Contribución a la teoría del Derecho*, A. Ruiz Miguel (ed.), F. Torres, Valencia, 335 ss.

Davis, L. (1972), «They Deserve to Suffer»: *Analysis* 32, 136 ss.

Devlin, O. (1965), *The Enforcement of Morals*, Oxford University Press.

Feinberg, J. (1970), «The Expressive Function of Punishment» (1965), en Id., *Doing and Deserving*, Princeton University Press, 95 ss.

Finnis, J. (1972), «The Restoration of Retribution»: *Analysis* 32, 131 ss.

Flew, A. (1969), «The Justification of Punishment» (1954), en H. B. Acton (ed.), *The Philosophy of Punishment*, Macmillan, London, 83-104.

36. Hart (1968, 11-13).

Foucault, M. (1981), *Vigilar y castigar* (1975), A. Garzón (trad.), Siglo XXI, Madrid.
Gavazzi, G. (1970), *L'onere: Tra la liberta e l'obbligo*, Giappichelli, Torino.
Hampton, J. (1984), «The Moral Education Theory of Punishment»: *Philosophy and Public Affairs 3/XIII*, 208-238.
Hart, H. L. A. (1968), *Punishment and Responsibility*, Oxford University Press.
Hart, H. L. A. (1977), *El concepto del Derecho* (1961), G. Carrió (trad.), Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
Ihering, R. (1967), *El fin en el Derecho* (1877) v.o., D. Abad de Santillán (trad.), Cajica, México.
Kant, I. (1982), *Die Metaphysik der Sitten* (1797), W. Weischedel (ed.), Suhrkamp, Band VIII, Frankfurt a. M.
Kelsen, H. (1979), *Teoría General del Derecho y del Estado* (1945), E. García Máynez (trad.), UNAM, México.
Kelsen, H. [2](1981), *Teoría pura del Derecho* (1960), R. Vernengo (trad.), UNAM.
Kelsen, H. (1985), *Teoria generale delle norme* (1979), M. G. Losano (trad.), Einaudi, Torino.
Kleinig, J. (1973), *Punishment and Desert*, M. Nijhoff, La Haya.
Laporta, F. (1985), «El principio de igualdad»: *Sistema 67*, 3 ss.
McCloskey, H. J. (1965), «A Non-Utilitarin Approach to Punishment»: *Inquiry 8*, 249-263.
Morris, H. (1976), «Persons and Punishment» (1968), en Id., *On Guilt and Innocence. Essays in Legal Philosophy and Moral Psicology*, University of California Press, Berkeley, 39-58.
Murphy, J. G. (1979), *Retribution, Justice and Therapy*, Reidel, Dordrecht.
Nino, C. S. (1980a), *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires.
Nino, C. S. (1980b), *Los límites de la responsabilidad penal*, Astrea, Buenos Aires.
Nozick, R. (1981), *Philosophical Explanations*, Oxford University Press.
Olivecrona, K. (1980), *El Derecho como hecho* (1939), L. López Guerra (trad.), Labor, Barcelona.
Páramo, J. R. de (1984), *H. L. A. Hart y la teoría analítica del Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
Quinton, A. (1969), «On Punishment» (1953), en H. B. Acton (ed.), *The Philosophy of Punishment*, Macmillan, London, 55-64.
Rabossi, E. A. (1976), *La justificación moral del castigo*, Astrea, Buenos Aires.
Ross, A. (1963), «Sobre el derecho y la justicia» (1958), G. Carrió (trad.), Eudeba, Buenos Aires.
Sadurski, W. (1985), *Giving Desert Its Due*, D. Reidel, Dordrecht.
Sher, G. (1987), *Desert*, Princeton University Press.
Stephen, J. F. (1967), *Liberty, Equality, Fraternity* (1873), Cambridge University Press, London.
Ten, C. L. (1987), *Crime, Guilt, and Punishment*, Clarendon, Oxford.
Zimring, F. E. y Hawkins, G. J. (1973), *Deterrence. The Legal Threat in Crime Control*, The University of Chicago Press.

DERECHO SUBJETIVO

Juan Ramón de Páramo

I. INTRODUCCIÓN

Es bien conocida la distinción entre el término «derecho» en sentido objetivo («El Derecho español prohíbe el homicidio») y en sentido subjetivo («Tengo derecho a reclamar el importe de la deuda»). El primer enunciado hace referencia a un conjunto de reglas o normas, mientras que el segundo se refiere a una facultad propia de ciertos sujetos.

Un derecho subjetivo es una pretensión o facultad atribuida a un sujeto o a una clase de sujetos frente a otro sujeto o clase de sujetos a quienes se les impone una prestación normativa correlativa. El contenido del derecho subjetivo sería el comportamiento que el titular del derecho puede exigir a otro sujeto. Esta exigencia es posible debido a la existencia de normas, las cuales pueden ser de distinto tipo y naturaleza. Incluso dentro del ámbito estrictamente jurídico puede haber derechos constitucionales —su fuente proviene directamente de la propia constitución—, derechos legales y derechos contractuales: estos últimos provienen de los contratos o de actos semejantes de autonomía de la voluntad. Los derechos son, pues, pretensiones justificadas y relativas a normas o sistemas de normas.

El término *derecho* en sentido subjetivo juega un importante papel en los discursos normativos, especialmente en los morales y jurídicos. No existen razones convincentes para usar esta expresión de modo exclusivo en el ámbito del Derecho, aunque la teoría jurídica ha desarrollado ampliamente el contenido de este concepto. Los conceptos surgen de convenciones acerca de cómo clasificar los objetos de la realidad, convenciones que pueden variar y que están determinadas por necesidades humanas en el proceso de comunicación. La idea de que hay conceptos verdaderos y falsos presupone un esencialismo conceptual que ha sido la causa muchas veces de notables confusiones. El uso amplio

del concepto de *derecho* tiene las ventajas de no distorsionar expresiones y términos acreditados en el lenguaje moral y político. Para que tenga sentido hablar de *derechos* en el ámbito jurídico es necesario establecer las relaciones sistemáticas de esta expresión con otros componentes de los sistemas jurídicos, como, por ejemplo, sus reglas primarias y de adjudicación, así como con sus propios criterios de identificación de normas. El reconocimiento de los *derechos* exige un examen minucioso de un entramado complejo de relaciones normativas. ¿Qué razones hay para excluir el uso del concepto de *derecho* del discurso moral si se pueden establecer con cierta precisión sus relaciones sistemáticas con otros elementos de los sistemas normativos morales, como, por ejemplo, sus reglas y principios? Sólo si los derechos subjetivos se identificaran con *acciones procesales* la posición que se critica podría tener algún sentido, aunque no existen razones para tal identificación, sobre todo cuando ni siquiera los derechos subjetivos jurídicos son completamente reducidos a tales acciones. Una cosa es atribuir un derecho —para ello es suficiente la formulación de una norma—, y otra cosa es disponer de los mecanismos adecuados para su protección. La garantía de un derecho no puede ser establecida por la misma norma que lo confiere. Hace falta otra norma que instituya mecanismos aptos para prevenir o remediar la transgresión de la primera norma. En los ordenamientos jurídicos modernos no todos los derechos están protegidos jurisdiccionalmente. La tutela jurisdiccional de los derechos presupone ciertos elementos que no siempre concurren. Existen derechos fundamentales cuyo contenido es una acción del Estado —los llamados derechos sociales— que están amparados en normas programáticas dirigidas al legislador con un contenido altamente indeterminado; de ellos no se pueden derivar obligaciones precisas por lo que respecta a los medios y tampoco están asegurados por garantías jurisidiccionales, aunque el tribunal constitucional puede anular las disposiciones que violen un derecho social. Mayores garantías existen en el caso de los derechos fundamentales cuyo contenido es una omisión o abstención del Estado, como sucede en el caso de los derechos de libertad.

Se ha dicho con frecuencia que los *derechos* morales, a diferencia de los jurídicos, carecen de un criterio preciso de identificación. En consecuencia, sería confuso usar el concepto de *derecho* moral para designar valoraciones ambiguas que no podemos identificar mediante un test de reconocimiento tan preciso como el jurídico. Creo que esta crítica no tiene en cuenta el reciente desarrollo analítico del concepto de *derecho* en sentido moral, y es ciega frente a las críticas que se han dirigido contra la precisión y univocidad del lenguaje jurídico. El concepto de *derecho* en sentido jurídico es un concepto interpretativo y no es ajeno al área de penumbra semántica que impide fijar con rigor sus posibles titulares y las circunstancias en que puede ser ejercido. Como Hart (1980) ha sostenido en alguna ocasión, los derechos tienen un lugar firmemente establecido en los juicios morales ordinarios que los in-

dividuos privados hacen normalmente de sus conductas, y creo que éste podría ser un argumento de sentido común frente a los que estipulan una definición estricta de este concepto. En definitiva, si es posible conocer y describir los ordenamientos jurídicos positivos, también será posible conocer y describir los distintos sistemas de moral positiva.

Los problemas que hacen referencia al concepto de *derecho* se sitúan tanto en un contexto de explicación como de justificación. No sólo las cuestiones analíticas tienen importancia —es decir, las cuestiones derivadas del análisis del concepto: su papel en el razonamiento práctico, su relación lógica con otros conceptos (deber, poder, sujeción, libertad, permiso...), su clasificación, etc.—; las cuestiones normativas —problemas que hacen referencia al fundamento de la posesión o rechazo de los *derechos* por individuos o grupos— influyen necesariamente en la delimitación del concepto. Si bien los problemas conceptuales se refieren a las condiciones de aplicabilidad del término *derecho*, las teorías normativas en las que se insertan los conceptos pueden también delimitar su ámbito de aplicación. El itinerario es de ajustes mutuos, un camino de ida y vuelta en equilibrio reflexivo. Pero no sólo las perspectivas normativa y analítica son importantes para el análisis de los derechos subjetivos, sino también el punto de vista empírico (Alexy, 1993). Los problemas relativos al surgimiento de los derechos subjetivos, la historia del concepto o la función social que desempeñan son importantes para la construcción de argumentos históricos y teleológicos. Ahora bien, si se parte sólo de enunciados empíricos no es posible inferir nada con respecto al problema jurídico. Para ello es necesaria una referencia a enunciados normativos que posibilite tal inferencia.

La idea de los *derechos* en sentido subjetivo tiene gran importancia en la teoría moral y política. Una de las dificultades con la que se encuentra una teoría de los *derechos* ha consistido en el hecho de que la teoría del *derecho subjetivo* se ha formulado primordialmente en el ámbito jurídico de modo exclusivo, sin establecer explícitamente si la teoría jurídica puede servir de modelo para los *derechos no jurídicos* (Hohfeld, 1919; Hart, 1955 y 1973). Otras veces, el análisis de los *derechos* de los sistemas jurídicos ha servido de modelo explicativo de los derechos en general, como por ejemplo lo ha llevado a cabo Feinberg (1966) y Dworkin (1978). La cuestión sobre la unidad o pluralidad del concepto de *derecho* sigue abierta, siendo muy fructífero en este sentido el diálogo entre filósofos y juristas. Incluso, en algunas ocasiones se han tenido en cuenta ciertas distinciones jurídicas sobre diversos usos del concepto de *derecho* como base para la construcción de una teoría general de los derechos humanos relacionada con una concepción general de la moralidad (Waldrom, 1981).

La expresión *derecho* no hace referencia directa y exclusiva a un sistema de normas —*Derecho* en sentido objetivo—, sino a situaciones particulares en que se encuentra una persona o conjunto de personas con relación a un conjunto de normas determinado. Este tipo de situa-

ciones particulares son de índole muy especial, y no siempre se resuelven verificando la aplicabilidad de una determinada norma que beneficia a su destinatario. Ihering pone el ejemplo de la protección aduanera: las leyes pueden introducir protecciones aduaneras que benefician a los fabricantes y a sus negocios, pero no por ello se puede decir sin más que les confieren derechos. La situación es de gran similitud con el derecho, pero lo que existe aquí es tan sólo una especie de *efecto reflejo*. Precisamente, la cuestión de cuándo una norma jurídica confiere derechos subjetivos tiene importancia práctica, sobre todo desde el punto de vista procesal.

Alexy (1993) ha desarrollado una teoría de los derechos que por su importancia merece ser considerada de manera primordial. Después de establecer una distinción entre el punto de vista normativo, empírico y analítico para estudiar los derechos, se centra en este último subrayando la distinción entre norma y posición. Una norma es aquello que expresa un enunciado normativo (del tipo «A tiene frente al Estado el derecho a expresar libremente su opinión»): las normas pueden ser consideradas como cualificaciones de acciones o personas. La norma le sitúa a alguien en una posición determinada, y lo interesante respecto de los derechos es cuando esta posición no se reduce a ciertas propiedades sino a relaciones entre sujetos. Si se entienden los derechos subjetivos como posiciones y relaciones jurídicas en este sentido, Alexy distingue entre *a*) razones para los derechos subjetivos, *b*) derechos subjetivos como posiciones y relaciones jurídicas, y *c*) la imponibilidad jurídica de los derechos subjetivos. Según Alexy, el hecho de no haber tenido en cuenta estas distinciones puede haber sido la causa de interminables polémicas acerca de la noción de derecho subjetivo.

Es Ihering (1906) quien formuló con precisión los términos de la polémica: «Dos son los elementos que constituyen el concepto del derecho, uno *substancial*, en el que reside el fin práctico del mismo es decir, la utilidad, ventaja, ganancia, que ha de ser proporcionada por el derecho, y uno *formal* que se comporta con respecto a aquel fin meramente como medio, es decir, la *protección* del derecho, la *demanda*». Mientras que el propio Ihering se decantó por la teoría del *interés* («los derechos son intereses jurídicamente protegidos»), las teorías de la *voluntad* encontraron en Windscheid su formulación clásica: el derecho subjetivo es «un poder de voluntad o una dominación de voluntad conferida por el orden jurídico» (Windscheid, 1906). Como ha señalado Alexy, la discusión de estas teorías ha conducido a numerosas teorías intermedias, como por ejemplo la de Enneccerus/Nipperdey (1959): «El derecho subjetivo es conceptualmente un poder jurídico que le es conferido al individuo por el orden jurídico; por su finalidad es un medio para la satisfacción de los intereses humanos»; y la de Jellinek (1905): «Por lo tanto, el derecho subjetivo es el poder de la voluntad humana dirigido a un bien o interés, reconocido y protegido por el orden jurídico». Según Jellinek, el error de las teorías anteriores había consistido en su carácter

parcial al destacar sólo uno de los dos elementos constitutivos de los derechos. Pero a Jellinek se le puede imputar las deficiencias conjuntas de las dos teorías dominantes.

De modo que mientras Ihering centra su atención en el fin o interés que protege la norma que confiere un derecho, los defensores de la teoría de la voluntad sostienen que el elemento definidor de los derechos lo constituye el poder o facultad del titular del derecho sobre la posición que le es conferida por una norma, y que se manifiesta en la autorización o permiso para exigir o demandar algo. Pero si atendemos a las distinciones de Alexy, se puede observar cómo los enunciados sobre el fin de los derechos son enunciados sobre razones para los derechos (1) y enunciados sobre la protección o la imposición de derechos (2), que no pueden identificarse, sin más, con enunciados sobre derechos en sentido estricto (3). Las relaciones entre estos enunciados es uno de los problemas centrales de la teoría de los derechos subjetivos. Mientras que entre (1) y (3) la relación es de fundamentación, la relación entre (2) y (3) es algo más compleja. La tesis según la cual sólo se puede hablar de un derecho subjetivo cuando existe una capacidad jurídica para su imposición, es atrayente para quienes sostienen una concepción positivista del Derecho: «El derecho subjetivo en sentido específico es el poder jurídico para hacer valer el cumplimiento de un deber existente» (Kelsen, 1979, 269). Para esta definición basta con el concepto de *poder jurídico* (capacidad jurídica, competencia), conjuntamente con el concepto de *deber*, a cuyo cumplimiento se refiere el poder jurídico para hacer superfluo el enunciado sobre derechos. Ya se verá más adelante que esta identificación entre los derechos y sus técnicas de protección ha sido un error muy frecuente en la doctrina jurídica, y que los enunciados sobre derechos no se pueden disolver en los distintos tipos de protección normativa que se dispensa a los mismos (Laporta, 1987, 27).

No obstante, la disolución del concepto de *derecho subjetivo*, ha sido llevada a cabo en sentido estricto por el realismo jurídico, especialmente por la escuela escandinava. Es A. Ross (1961) quien de modo directo analiza este concepto: el término *Tû-Tû* —título de su obra citada— simboliza en una tribu imaginaria la violación de un tabú, lo cual conlleva unas determinadas consecuencias, como el exorcismo de quien lo viola, pero es una expresión que no corresponde a la realidad; sólo se produce el hecho de la violación del tabú y sus consecuencias. De modo similar, el concepto *derecho subjetivo* simboliza una pretensión equivalente a la expresión *tû-tû* que tampoco corresponde a los hechos de la realidad. De las obligaciones que contraen las personas mediante un contrato se derivan ciertas consecuencias: el derecho subjetivo es un poder imaginario que tiene la función de reforzar la producción de esas consecuencias. No es más que una técnica o instrumento de representación de las directivas de conducta, que unifica y clarifica la correspondencia entre los supuestos de hecho y sus consecuencias jurídicas. Su uso evita desglosar y enumerar las facultades que tiene su titular.

II. ALGO DE HISTORIA

La filosofía moral y jurídica siempre expresa algún punto de vista concreto sobre la sociedad. No obstante, cualquier concepción moral o jurídica concreta propone modelos racionales que tratan de analizar y fundamentar sus juicios y contenidos. Las filosofías morales y jurídicas son las articulaciones explícitas de la pretensión de racionalidad de las morales y concepciones jurídicas vigentes. Por ello es necesario, aunque sea brevemente, hacer algo de historia acerca del concepto de *derecho subjetivo*.

El sentido actual de este término no se concibe en la antigüedad. El *derecho subjetivo* implica la titularidad de poderes y facultades que a veces se manifiestan contra el Estado. La idea general de la subjetividad jurídica no está presente en la mentalidad jurídica de la antigüedad. Los sujetos se definen en función de su pertenencia a la colectividad, y sus situaciones jurídicas dependen de su incorporación a un determinado *status*. La idea de derecho (*ius*) no significa en Roma el poder del sujeto sobre las cosas y las personas, sino la situación jurídica o *status* atribuida a una persona en relación con otra o con una cosa, o los beneficios que recibe de la distribución de un bien.

En la Baja Edad Media se suscitó una curiosa controversia sobre la pobreza evangélica que puso de manifiesto algunos términos de la polémica, en cuya base estaban los inicios de una profunda transformación social. Se discutía la compatibilidad de los votos de pobreza de la comunidad franciscana con la propiedad de bienes mundanos: los franciscanos tenían el uso de hecho de dichos bienes, cuya propiedad pertenecía a la Santa Sede. Pero una nueva constitución del papa Juan XXII va a poner en cuestión la licitud del uso de hecho de los bienes por la comunidad franciscana, argumentando que era imposible el uso sin propiedad de los bienes que se consumen. La intervención de G. de Occam introduce un nuevo punto de vista sobre la idea de derecho subjetivo: se abandona la concepción objetivista y externa del derecho como *id quod iustum est*, y se sustituye por la acepción del derecho como poder del sujeto o *potestas*, estableciendo la distinción entre el poder para usar una cosa y el poder para reivindicarla como propia ante la jurisdicción. En este sentido, los franciscanos tienen el derecho de uso (*ius poli*) pero no el *ius fori*, ya que éste constituye el derecho de propiedad que es contrario a los votos de pobreza evangélica de los franciscanos. Para Occam, el derecho subjetivo es un poder del sujeto y no un segmento del conjunto de derechos y cargas distribuidos por el poder. En sus palabras, «potestas humana principalis rem temporalem in iudicio vendicandi et omni modo, qui non est a iure naturali prohibitus, pertractandi». De modo que frente al racionalismo objetivista prevaleciente de Tomás de Aquino, la tendencia del nominalismo voluntarista promueve una subjetivación del concepto del derecho que anuncia el

desarrollo posterior: el predominio del poder del sujeto sobre la norma externa vinculante.

La Escolástica española, heredera durante los siglos XVI y XVII de la teología y filosofía jurídica tomista, desarrolla dos grandes tendencias: la de la Orden de Santo Domingo, de la que formaban parte Francisco de Vitoria y Domingo de Soto, y la Orden de San Ignacio de Loyola, la Compañía de Jesús, a la que pertenecieron Francisco Suárez y Luis de Molina. La escolástica española asume la concepción subjetivista del derecho de Occam, y tanto Suárez (1971), como Molina y Domingo de Soto desarrollan de manera pormenorizada la concepción del derecho como poder o facultad, si bien haciéndola compatible con la prioridad del Derecho objetivo.

Durante los siglos XVII y XVIII se impone en Europa la concepción del iusnaturalismo racionalista, en oposición al iusnaturalismo teológico medieval, tendencia que logra formular de manera sistemática la concepción moderna del derecho subjetivo, que influirá tan poderosamente en la teoría de los derechos naturales. La noción de contrato social es la herramienta conceptual que sirve para explicar y justificar la idea de los derechos naturales, y todos los autores que siguen este planteamiento, desde Hobbes a Kant, subrayan la primacía de los derechos subjetivos. El sentido de esta primacía dista de la concepción subjetiva de las libertades medievales (García Pelayo, 1984): mientras que estas últimas surgen del reconocimiento de situaciones concretas y particularizadas de poderes fácticos o de normas del «buen derecho antiguo», a las que se da expresión jurídica solemne, los derechos subjetivos tienen su origen en un diseño apriorístico y racional para todos los súbditos. Los sujetos de las libertades son miembros de un grupo social concreto que media entre los súbditos y el poder central: se es titular de una libertad en calidad de noble, clérigo... o de natural de tal territorio, villa o ciudad. Los titulares de los derechos son los ciudadanos del Estado, sin que interfiera ningún poder intermedio. La historia política moderna es un proceso de expropiación de los cuerpos intermedios que interfieren las relaciones entre los individuos y el soberano. La doctrina del contrato social expresa de manera coherente el principio individualista de la filosofía política. La elaboración doctrinal del concepto de derecho subjetivo fue acompañada de su manifestación en los documentos jurídicos de las declaraciones de derechos y constituciones liberales. Su contenido fue modificado por la aportación del pensamiento socialista democrático, que sin negar la aportación valiosa del pensamiento liberal, puso de manifiesto sus limitaciones y alcance.

La revisión crítica vigente que desde perspectivas comunitaristas se somete al pensamiento liberal centra uno de sus objetivos en la idea de los derechos, especialmente en las doctrinas de los derechos humanos (Ruiz Miguel, 1993).

III. TEORÍA DEL DERECHO SUBJETIVO DE KELSEN

Kelsen (1983) objetó la tesis de Ihering al sostener que no es posible identificar el derecho subjetivo con un supuesto hecho psicológico, como sería el interés, ya que puede haber derechos subjetivos sin interés (propiedad sobre algo que me es indiferente), e intereses sin derecho. Para Kelsen, los enunciados que se refieren a derechos subjetivos son equivalentes a ciertos enunciados que versan sobre el derecho objetivo, ya que hablar en términos de derechos subjetivos no es más que describir la relación que tiene el ordenamiento jurídico con una persona determinada. Kelsen propone los siguientes usos del término en sentido jurídico: 1) derecho como equivalente a *no prohibido*, en el sentido de que no existe en el ordenamiento jurídico una norma que sancione la conducta de que se trate, ni tampoco una norma de competencia que autorice a prohibir la conducta en cuestión. El problema radica en si es posible deducir de la ausencia o invalidez de una norma que prohíbe cierta acción, un derecho a ejecutarla. Porque Kelsen sostiene que toda acción tiene una solución normativa —ya sea permisiva o prohibitiva— en todo sistema jurídico positivo, ya que defiende el llamado *principio de clausura*, que establece que «todo lo que no está prohibido está permitido». Alchourrón y Bulygin (1974) han puesto de manifiesto los errores de la argumentación de Kelsen, ya que si se considera necesario el principio de clausura sólo puede ser interpretado como un enunciado analítico en el que la expresión «está permitido» es equivalente a «no prohibido», lo que hace que el enunciado sea tautológico y no sirva para llenar las lagunas normativas. Si el enunciado es contingente —su verdad depende de que el legislador haya dictado de hecho una norma permisiva—, entonces sí tiene relevancia y la expresión «tener un derecho» dependerá de la existencia de tal norma permisiva. 2) Derecho como equivalente a *autorización*, en el sentido de que existen normas que permiten o autorizan las conductas de que se traten. Von Wright llama *permiso fuerte* al que depende de la existencia de una norma que autoriza cierto comportamiento, a diferencia del *permiso débil* que es equivalente a la simple ausencia de prohibición. 3) Derecho como *correlativo* de una *obligación activa*, en el sentido de que tener un derecho tiene un significado equivalente al de otros enunciados que describen el deber jurídico de alguien. Para Kelsen, alguien tiene un deber jurídico cuando hay una norma jurídica que dispone una sanción para la conducta opuesta; pero como a veces la conducta obligatoria tiene como destinataria a otra persona, la misma relación jurídica puede ser descrita subrayando la situación del beneficiario del deber jurídico: por eso se dice que los derechos subjetivos son simples *reflejos* de los deberes jurídicos. 4) Derecho como *correlativo* de *obligaciones pasivas*, en el sentido de que es el reflejo de una obligación de no hacer. La importancia de este uso reside en que Kelsen lo menciona para hablar de la propiedad, uno de los derechos subjetivos más importantes del ámbito jurídico pri-

vado. Entre los derechos correlativos, Kelsen distingue entre *relativos* y *absolutos*. Los primeros se correlacionan con el deber de una persona o de un conjunto de personas determinadas, mientras que los segundos son reflejo de una obligación de todas las demás personas. En todo caso, los derechos establecen relaciones entre personas, y no entre personas y cosas. Kelsen critica fuertemente en este punto la clásica distinción que proviene de la dogmática jurídico-privada entre derechos personales y reales: el derecho de propiedad no establece ningún vínculo mágico entre un sujeto y una cosa, sino simplemente describe las obligaciones que todos tienen con respecto a su titular. 5) Derecho como *acción procesal*, en el sentido de que tener un derecho, además de presuponer la existencia de una serie de obligaciones jurídicas, permite la posibilidad de recurrir a los órganos judiciales para exigir el cumplimiento de la obligación correlativa o para imponer la sanción prevista en el caso del incumplimiento de la obligación. Kelsen llama a este uso sentido *técnico* o *estricto*, ya que no es reductible al concepto de deber jurídico como los anteriores. De modo que decir que alguien tiene un derecho en sentido *técnico*, consiste en afirmar que su conducta es una de las condiciones que tiene una norma para que se aplique una sanción. Ahora bien, no todos los derechos subjetivos de un ordenamiento jurídico son reconducibles a este sentido. 6) Derecho *político*, tanto en el sentido electoral como en el de las garantías constitucionales. El *derecho* en sentido político es análogo al derecho en sentido técnico o acción procesal, ya que su ejercicio implica poner en movimiento —cuando su titular se ve afectado— la maquinaria judicial para su protección. No obstante, los objetivos son distintos: en el caso del derecho político, el propósito es obtener una sentencia que anule una norma que contradice otra de nivel superior, mientras que el derecho en sentido técnico tiene como finalidad obtener una sentencia que imponga una sanción a quien no cumplió con un deber jurídico.

IV. TEORÍA DE HOHFELD

Kelsen podría situarse entre los partidarios de la teoría de la voluntad, ya que parte del hecho de que la voluntad de los particulares es considerada por determinadas normas como condición de ciertos efectos jurídicos. En el ámbito anglosajón, la polémica se transforma de modo paralelo entre los partidarios de la teoría del *beneficiario* o del interés y los de la teoría de la elección protegida. Aunque, como se verá, la polémica se remonta a Bentham, la mayor parte de las modernas versiones sobre el concepto de *derecho* giran sobre el clásico modelo de clasificación establecido por Hohfeld (1919), especialmente sobre la idea de los derechos como *pretensión (claim)*, unida a la idea sobre la correlación entre deberes y obligaciones. Según Hohfeld el uso del término *derecho* se puede emplear en múltiples situaciones normativas, tanto jurídicas

como morales. A la idea central de pretensión, Hohfeld añade la de *privilegio*, *potestad* e *inmunidad*. El interés de su clasificación consiste en caracterizar a cada uno de estos conceptos por sus opuestos jurídicos —es decir, los conceptos que hacen referencia a la situación jurídica en que se encuentra una persona cuando no está en la situación que el concepto en cuestión denota—, y por sus correlativos jurídicos —o sea, los conceptos que hacen referencia a la situación jurídica en que se encuentra aquella otra persona frente a quien tiene un derecho en los distintos sentidos expuestos—:

1) A tiene una *pretensión* frente a B cuando B está en la situación correlativa de tener un *deber* frente a A. Cuando no se tiene esa pretensión la situación de A es de «no derecho».

2) A tiene un *privilegio* frente a B cuando B está en la situación correlativa de *no-derecho* a cierta conducta. Lo opuesto a la situación de privilegio es la de *deber*.

3) A tiene una *potestad jurídica* frente a B cuando puede modificar sus relaciones jurídicas. El sujeto B está en la situación correlativa de *sujeción* frente A. Lo opuesto a la *potestad* es una situación de *incompetencia*.

4) A tiene *inmunidad* frente a B cuando B está en la situación correlativa de *incompetencia* para alterar su *status*. A su vez, la inmunidad implica ausencia de *sujeción*, que es el concepto opuesto.

La idea general que Hohfeld subraya podría ser formulada del modo siguiente: decir que A tiene un derecho significa que B tiene una obligación activa o pasiva. Precisamente las teorías del interés sostienen que el elemento esencial para la existencia de un derecho es la protección o promoción —legal o moral— del interés de una persona contra otras o contra todo el mundo mediante la imposición de deberes, poderes o incompetencias con respecto a la parte favorecida. Si bien es cierto que en algunas ocasiones las obligaciones son tan generales que no pueden ser identificadas con facilidad, la idea principal consiste en decir que cualquier deber implica un derecho, es decir, que los derechos son deberes vistos desde otra perspectiva. La conexión lógica entre derechos y deberes ha sido formulada de muy distinta manera: algunas veces se ha hablado de que la existencia de uno de estos dos elementos es el fundamento de la existencia del otro (Austin; Kelsen), o se ha definido uno en función del otro (Bentham, 1970; Dworkin, 1977), o se ha dicho que son las dos caras de una misma moneda (Kocourek, 1927; White, 1984, cap. 5). No obstante, a esta pretensión se han enfrentado diversas teorías y contraejemplos: se ha dicho que puede haber deberes sin derechos correlativos (Feinberg, 1966; Hart, 1973) o que la idea de los derechos implica un conjunto de problemas más complejo que la simple correlación con el concepto de deber, como hace Hart (1961) cuanto critica las teorías sancionadoras y predictivas de la obligación

jurídica. A pesar de este tipo de objeciones, la correlación conceptual entre derechos y deberes ha sido uno de los temas recurrentes de la teoría y filosofía jurídica (Feinberg, 1966; Lyons, 1970; Hierro, 1982; Stoljar, 1984).

¿En qué sentido puede afirmarse que los derechos se derivan de normas, si las normas prescriben o exigen una determinada conducta? Benn y Peters sostienen que la respuesta puede encontrarse en la correlación de los derechos y deberes, ya que el derecho de A es el deber de B. Sin la posibilidad de un deber correlativo, la atribución de un derecho a A no tendría sentido. Por su parte, M. Radin (1938) sostiene que es un error concebir los derechos y deberes como dos cosas separadas aunque unidas una a la otra. El derecho de A y el deber de B no son ni siquiera dos aspectos de la misma cosa: el deber de B es el derecho de A. Los dos términos son idénticos en aquello que buscan describir, con la forma activa y pasiva de indicar un acto. R. Brandt (1982) sostiene que las dos expresiones no significan lo mismo, aunque existen dos hechos que inicialmente apoyan dicha correlación.

Los derechos implican deberes también en otro sentido. Si se afirma que el disfrute de los derechos está condicionado al cumplimiento de un deber, nadie puede esperar que sus intereses puedan estar garantizados por el orden social, a menos que uno mismo reconozca y respete las correspondientes obligaciones hacia otros. En este caso, la correlación entre derechos y deberes no es lógica sino moral. Los derechos y los deberes se atribuyen a las mismas personas y no son simplemente diferentes maneras de ver la misma relación normativa.

A. White (1984), al igual que numerosos autores, ha criticado la tradicional tesis de la correlatividad entre derechos y deberes remarcando la diferencia sobre todo en lo relativo al objeto de cada uno de ellos. White analiza qué significa que una persona tenga un derecho y al mismo tiempo un deber. Es posible que una persona que tenga el derecho a X tenga también el deber de X, como el derecho y el deber de denunciar un hecho delictivo. Pero el derecho a X no impone necesariamente a su titular un deber de X. Es una relación contingente, no necesaria. Existe otra posibilidad de relación: para Bentham, el hecho de que una persona tuviera el derecho de hacer X, implicaba que esa persona no tuviera el deber de no hacer X. Sin embargo, la ausencia del deber de no hacer X no es una condición suficiente del derecho de hacer X. Lo que tiene de cierto la tesis de la correlatividad es que la presencia de un deber de no hacer X implica la ausencia de un derecho de hacer X.

Ahora bien, defender la idea de que nuestros derechos dependen de nuestros deberes puede tener la consecuencia de la prioridad de los deberes sobre los derechos. Los deberes podrían tener no sólo prioridad lógica sino axiológica sobre los derechos. Laporta (1987) ha señalado este peligro, y sostiene que la idea que tenemos de los derechos es diferente. El lenguaje de los derechos suele llevar consigo la sugerencia de

que el origen o fundamento de esas obligaciones que se hace gravitar en los demás es, precisamente, la previa existencia de mi derecho. Es decir, que los demás tienen algún deber u obligación con respecto a mí *porque* —en su doble sentido— yo tengo previamente un derecho.

El conjunto de teorías sobre el concepto de *derecho* se pueden agrupar hoy en dos grupos diferenciados, aunque los dos derivan de la idea general de la conexión correlativa *derecho/deber:* la teoría del *beneficiario* o del *interés* y la teoría de la *elección protegida.* Aunque estas dos teorías son dominantes en el área cultural anglosajona, la dogmática privatista continental ya había formulado en el siglo pasado dos teorías similares, como se ha visto, si bien con un sentido y alcance diferentes. La teoría de la voluntad como explicación de la naturaleza de los derechos subjetivos venía a decir que tener derecho a X siempre implica una facultad de disponer, un poder o discreción del titular, aun cuando esta teoría, en el caso de los incapaces, tenía que recurrir a la noción de la representación. Para la teoría del interés, el titular de un derecho siempre tiene un interés a proteger, que, normalmente, se traduce en la idea de beneficio —aun cuando éste fuera mediato o indirecto—. Claro está que no siempre es posible separar estos dos elementos —facultad discrecional y beneficio—, y en ocasiones se pueden ofrecer contraejemplos que ponen en tela de juicio la validez de ambas formulaciones: ¿donde está la discrecionalidad en el derecho a la educación?, ¿cómo explica la teoría del interés la enajenación o renuncia de los derechos? A pesar de estas críticas, las dos teorías han puesto de manifiesto los dos elementos que siempre habrá que tener en cuenta cuando se habla de derecho: la discrecionalidad o poder del titular —que se puede manifestar bajo múltiples formas— y la idea de que existe cierto interés valioso en esa pretensión.

V. TEORÍA DEL INTERÉS O DEL BENEFICIARIO

La teoría alemana del interés o la teoría inglesa del beneficiario tienen la virtud de poner de manifiesto algo importante que tienden a olvidar las teorías de la voluntad: la dimensión de «bien», «satisfacción de interés» o «beneficio» para el titular que parece llevar consigo la noción de *derecho.* Ese «bien» no tiene por qué ser algo empíricamente constatable en todos los casos en que se atribuyen derechos, ya que basta con que el sistema en cuestión considere que lo es aunque no lo experimente así el titular. Con la atribución de derechos, los sistemas normativos atribuyen a ciertas situaciones o estados de cosas relativos a los individuos una especial consideración: los sistemas normativos buscan la satisfacción o la realización de algo en interés de la persona a la que se atribuyen (MacCormick, 1976; Laporta, 1987a).

La teoría del beneficiario de Bentham (1970) sostiene que tener un derecho es ser el beneficiario de la obligación de otro. Esta teoría ha

sido fuertemente criticada, ya que el beneficiario de alguna conducta no tiene por qué coincidir con el titular del derecho que puede reclamarla. D. Lyons (1969) ha intentado reconstruir la teoría con su idea del beneficiario *cualificado*. De acuerdo con Lyons, A es titular del derecho correlativo a la obligación de B si y sólo si se supone que se beneficiará por o del cumplimiento de la obligación de otro; sólo si es el directo y pretendido beneficiario de tal obligación. Esta teoría explica los derechos en términos de beneficios deseados: el beneficio resulta de un comportamiento hacia una persona. Los que «simplemente» se benefician del cumplimiento de la obligación de otro no son los titulares de los derechos. El esfuerzo de Lyons de unir derechos y obligaciones mediante el recurso del pretendido beneficio le lleva a aceptar que, en un acuerdo que involucra a una tercera parte, ésta puede adquirir derechos. Para criticar la teoría del beneficiario, Hart (1962) propone el siguiente ejemplo: A le promete a B cuidar de su padre C durante la ausencia de B. Esto supone que aunque B no es el supuesto directo beneficiario de la promesa de A, es el titular del derecho, y C, si bien es el directo beneficiado de la obligación de A, no tiene derecho a su cumplimiento. En opinión de Lyons, el titular del derecho es B, ya que una de las condiciones de una promesa válida y vinculante y, por tanto, una condición del derecho que se deriva de la promesa, es que B desee realmente aquello que se le promete. Kearns (1975) sostiene que aunque se pruebe tal deseo, no se sigue que el promitente busque algún beneficio para B, por lo que el argumento de Lyons carece de relevancia.

Haksar también ha criticado la idea de beneficio porque una persona puede tener un derecho sin desearlo. Si A se compromete a cuidar de la madre de B y éste le dice que no le importa que lo haga, A puede entender que B le está eximiendo del cumplimiento. Pero la razón final por la que no está obligado no será el hecho de que B no se beneficie de la obligación; por el contrario, saber que el cumplimiento de su obligación le resulta indiferente a B será relevante solamente si puede ser entendido como un acuerdo tácito mediante el cual se le exime de la obligación.

J. Raz (1984; 1988) sostiene que los derechos son el fundamento de los deberes, aunque no su correlato lógico. Para este autor, X tiene un derecho si un aspecto de su bienestar o interés es una razón suficiente para sostener que otra persona tiene un deber. Un individuo tiene capacidad para tener derechos si y sólo si su bienestar es de fundamental valor o es una persona artificial (como, por ejemplo, las corporaciones). Raz acepta que una explicación detallada de los derechos es en parte una explicación lingüística, pero también depende parcialmente de argumentos políticos, legales y morales. El propósito de Raz consiste en ofrecer una noción central o núcleo común de todos los derechos que contribuya a explicar su papel en el razonamiento práctico. Para Raz, los derechos son el fundamento de los deberes de otros, pero estos deberes pueden ser condicionales. Cuando la condición que activa el deber

es la acción de alguna persona, y cuando el deber es la acción de alguna persona, y está condicionado a tal acción porque es de interés del titular del derecho poder activar tal deber a su voluntad, entonces el derecho confiere un poder sobre la persona de cuyo comportamiento depende el deber. Raz también distingue entre derechos *núcleo* y derechos *derivados*; éstos son los que están fundamentados en otros. La relación entre los dos tipos es de justificación. La afirmación de que un derecho existe debe ser la conclusión de un razonamiento válido que implique la existencia de un derecho *núcleo*. Pero no todo derecho implicado de esta forma es un derecho derivado. Las premisas también deben dar una justificación para la existencia del derecho derivado. El derecho está basado en el interés que figura esencialmente en la justificación de la afirmación de que el derecho existe.

De acuerdo con la definición de Raz, el discurso de los derechos indica una clase de fundamento para exigir una acción. Decir que una persona debe comportarse de cierta manera es afirmar una exigencia para la acción, pero sin indicar su fundamento. En cambio, afirmar que un individuo tiene un derecho es indicar un fundamento para requerir una acción: un aspecto del bienestar del individuo es un fundamento del deber de otra persona. De manera que el papel específico de los derechos en el razonamiento práctico es fundamentar deberes en los intereses de otras personas. Similar a la concepción de Raz es la de Hierro (1982), para quien tener un derecho es tener una necesidad sobre cuya satisfacción existen razones suficientes para exigir en todo caso; consecuentemente tener un derecho es tener una necesidad que las normas del sistema jurídico exigen satisfacer en todo caso. Sobre esta premisa se distinguen varios tipos de derechos —discrecionales activos y no activos, obligatorios activos y no activos—, cuyo elemento en común consiste en que alguien se encuentra obligado a hacer o no hacer algo en favor del titular del derecho. Esta clasificación no excluye tipos mixtos. Para Hierro, los derechos implican siempre deberes correlativos; es decir, cuando no hay razones suficientes para imponer sobre nadie tales deberes, es que no hay razones suficientes para afirmar el derecho que con ellos se habría de satisfacer. Los derechos son, desde un punto de vista lógico y valorativo, anteriores a los deberes. Desde el punto de vista del razonamiento práctico, esto significa que los derechos sirven como justificación de los deberes. Es más, nadie debería someterse a más deberes que los que exige la satisfacción de los derechos propios y ajenos (Mackie, 1984; Raz, 1984).

¿Pueden los grupos ser también titulares de derechos? Según Raz, los individuos no tienen derechos básicos a bienes colectivos, pues el deber del gobierno de alcanzar determinados bienes colectivos se fundamenta no sólo en un interés individual, sino en los intereses de todos los miembros de la comunidad. Generalmente, los derechos colectivos son derechos a bienes colectivos. Además, son derechos de agentes colectivos. Estos derechos no son incompatibles con los derechos individuales,

si bien pueden entrar en conflicto con ellos del mismo modo que las libertades políticas pueden colisionar con los derechos económicos y sociales. Por ejemplo, para MacDonald (1989) existen buenas razones para desear que en general los intereses de la comunidad sean protegidos por ésta y no a través del ejercicio individual del derecho de un miembro. Porque son los intereses de la comunidad los que están en juego, y no sólo el bienestar de un miembro determinado. El riesgo para los intereses de la comunidad aumenta si los miembros individuales ejercen los derechos por su propia iniciativa sin el acuerdo previo de la comunidad.

El problema radica en la aceptación o no de la titularidad colectiva. Hay autores que subrayan no el carácter colectivo de los bienes que protegen estos derechos, sino la cuestión de quiénes son los titulares de tales derechos. Las consecuencias de considerar a entidades colectivas como titulares de los derechos por encima de los derechos individuales pueden ser negativas para el individualismo moral y han sido puestas de manifiesto por numerosos autores (Narveson, Nino, Donnelly, Laporta). La pertenencia a un grupo que es titular de ciertos derechos puede generar consecuencias perjudiciales para quienes no se integran; además, los individuos pueden ser considerados como medios para alcanzar fines colectivos, ya que es difícil hacer conciliar los derechos individuales y la utilidad social. También se ha dicho que los derechos colectivos son redundantes, ya que protegen únicamente los derechos individuales de sus miembros.

VI. DERECHOS COMO PRETENSIÓN

Según Feinberg (1980), los derechos son pretensiones válidas *contra*, pues implican el deber de otra persona de hacer o de abstenerse de actuar. J. Feinberg analiza los derechos como pretensiones válidas aunque no es claro que utilice este término en el sentido de Hohfeld. Tener un derecho consiste en tener una pretensión *hacia* y *contra* alguien, reconocida jurídicamente por normas legales o, en el caso de los derechos morales, por los principios morales de una «conciencia ilustrada». Cuando existe un conjunto de razones basadas en reglas jurídicas o principios morales que justifiquen el que una persona sea capaz de tener o hacer X, entonces ese sujeto tiene una pretensión sin que esto implique tener un derecho. Para tener un derecho hace falta algo más. Feinberg distingue entre pretensiones *hacia* y pretensiones *contra* que corresponden a los diferentes aspectos de la validación de una pretensión completa. Una pretensión válida exige, pero no implica, una obligación sobre alguien para que actúe de tal manera que satisfaga al titular de la pretensión. Pero una pretensión válida *hacia* es sólo una parte de la justificación de una pretensión *contra*, ya que la última exige, por definición, que existan deberes asignables a individuos. Por consiguien-

te, la teoría de Feinberg exige dos elementos: una pretensión válida hacia algo y una pretensión válida contra alguien. Sin embargo, permite un sentido débil del término *derecho* que no implica deberes sobre otras personas, porque la pretensión *hacia* no llega a ser practicable sobre una escala suficiente para generar una pretensión válida *contra*. La idea de que los derechos sean pretensiones válidas hace que los derechos morales y jurídicos se diferencien tan sólo por su fuente de producción. Mientras que los principios morales —razones últimas de justificación de las conductas— son los modos de producción de los derechos morales, las reglas y los principios jurídicos determinan la validez de los derechos jurídicos.

McCloskey (1965) ha defendido una versión particular de la idea del derecho como pretensión, diferenciando este concepto de la idea de *título*: los derechos son *títulos (entitlements)* para ciertas cosas; para hacer, tener o disfrutar de algo. Su teoría subraya la idea de que las pretensiones derivan de los derechos, no los derechos de las pretensiones. El ejercicio de un derecho depende del *título* para llevarlo a cabo.

Los derechos como *pretensiones* pueden constituirse como el mejor punto de partida para su análisis conceptual. Para los defensores de la teoría de la voluntad o elección —que se analizará a continuación—, se subraya la importancia del papel que juega el titular del derecho en virtud del poder que tiene sobre el deber en cuestión. El control que un individuo X tiene sobre el deber de un individuo Y —desde exigirle una determinada conducta hasta liberarle de cualquier exigencia futura—, hace que X sea el titular del derecho. Las razones por las que decimos que Y tiene un deber, son las mismas por las que decimos que X puede renunciar a exigir la acción debida. No obstante, este esquema no sirve para explicar cómo funcionan todos los derechos de los sistemas jurídicos, en los cuales podemos hablar sin ninguna dificultad de deberes de no actuar de cierta manera, sin que exista una capacidad correlativa para liberar o renunciar a esa exigencia. El análisis alternativo de la teoría del interés consiste en decir que X tiene un derecho si Y tiene un deber de actuar activa o pasivamente de modo que su acción/omisión sea el interés de X. El interés del sujeto que se beneficia es el fundamento del deber correlativo, aunque aparte del titular del derecho puedan existir más sujetos beneficiados.

La primitiva teoría de Bentham sobre el beneficio o interés ha sido formulada de una manera más precisa por MacCormick (1988). En lugar de decir que X tiene un derecho siempre que se produzca un beneficio por la ejecución de un deber, o siempre que un deber esté impuesto a causa de su beneficio, se sugiere que X tiene un derecho —en el ámbito de un sistema moral o jurídico— siempre que la protección o incremento progresivo de algún interés de X se reconozca —por el sistema moral o jurídico— como una razón para imponer deberes y obligaciones sobre otros, sean o no impuestos de hecho. Tener un derecho significa tener una razón necesaria y suficiente para justificar la existencia de

deberes, y esta razón se fundamenta en un aspecto de su bienestar o interés. El discurso de los derechos justifica la exigencia de acciones, la justificación de la existencia de deberes en interés de otros sujetos. Si bien los derechos justifican deberes esto no quiere decir que todos los deberes deriven de derechos, sino que los derechos son prioritarios sobre algunos deberes y además tienen capacidad para generar nuevos deberes en razón del cambio de circunstancias.

Nino sostiene que en la caracterización de MacCormick el concepto de *derecho* deja de ser una noción puramente deóntica para constituirse, al menos parcialmente, en una noción valorativa: un elemento esencial de la caracterización es que el contenido del derecho sea un bien, algo valioso para la clase de los miembros a los que se adscribe el derecho. Asimismo, sugiere que la idea de tratamiento no comprende la posibilidad de realizar acciones, y se centra exclusivamente en el comportamiento de terceros. En su lugar, propone expresiones más neutrales como «ventaja» o «satisfacción de interés». Con estas dos modificaciones, Nino (1989, 39) propone el siguiente concepto de *derecho*: «Se adscribe a alguien el derecho moral de acceder a una situación S (que puede ser la posibilidad de realizar cierta acción o la de disponer de determinados recursos o la de verse librado de ciertas contingencias) cuando el individuo en cuestión pertenece a una clase C y se presupone que S implica normalmente para cada miembro de C un bien de tal importancia que debe facilitarse su acceso a S y es moralmente erróneo impedir tal acceso».

La posición de Laporta (1987) es similar a las anteriores de MacCormick y Nino. La noción de *derecho* implica la adscripción a todos y cada uno de los miembros individuales de una clase de una posición o situación considerada por el sistema normativo como un *bien*; tal estado de cosas constituye una razón fuerte para articular una protección normativa en su favor, mediante la imposición de deberes y obligaciones o la atribución de poderes e inmunidades, además de otras técnicas reclamatorias.

VII. TEORÍAS DE LA VOLUNTAD

Los defensores de las teorías de la voluntad consideran que la característica unificadora de las normas que crean derechos consiste en que dichas normas protegen y respetan la voluntad de las personas por acción u omisión.

Hart (1962) sostiene que tener un derecho es tener una justificación moral para limitar la libertad de otro, pues el titular del derecho puede determinar, mediante su elección, cómo debe comportarse otra persona. Hart critica la teoría del beneficiario haciendo especial hincapié en la correlación entre derechos y deberes. En su opinión, ser el beneficiario de una obligación no es una condición necesaria para ser el

titular de un derecho. Las más fuertes críticas a la teoría del beneficiario son aquellas que, de un lado, acusan a esta teoría de redundante, ya que el concepto de derecho como correlativo de obligación se define sólo en términos del pretendido beneficiario de la obligación: y también presentan una explicación selectiva alternativa de las obligaciones. En opinión de Hart (1978), lo que distingue a las obligaciones civiles de las penales no es su contenido, sino la manera especial en que las normas civiles sitúan al individuo en relación con la ley. En lugar de las nociones utilitaristas de beneficio o presunto beneficio, es necesaria otra idea. Esta idea es la del exclusivo control otorgado por la ley sobre el deber de otra persona, de tal forma que en el área cubierta por ese deber el individuo es soberano. En cambio, una persona protegida solamente por la legislación penal no tiene poder para liberar a nadie de sus deberes.

Para criticar la identificación del beneficiario con el titular del derecho, Hart se refiere a la situación moral que nace de una promesa, situación que ilustra con claridad que la noción de ser titular de un derecho y la de beneficiarse del cumplimiento de un deber no son idénticas. No obstante, Hart reconoce que la noción de elección individual no puede considerarse como una noción exhaustiva de *derecho*, sino que es necesario recurrir a la idea de beneficio individual como complemento.

V. Haksar (1978) ha dirigido dos críticas principales a la teoría de Hart. Si el elemento esencial del derecho es la posibilidad de elección, no se explicarían los derechos obligatorios, como por ejemplo el derecho a la educación. En este mismo sentido, Stoljar (1984) ha sostenido que algunos derechos se consideran tan importantes que al exigir una protección rigurosa excluye la posibilidad de renuncia a ellos. En relación a la segunda crítica, Haksar considera que de acuerdo con la teoría de la elección protegida no es posible que una misma obligación sea debida a diferentes personas, toda vez que en dicha teoría el titular del derecho posee una especie de soberanía sobre el deber correlativo, pues puede demandar su cumplimiento o extinguirlo. Haksar sugiere que si A o B tienen poderes de control sobre el deber de C, A puede exigir el cumplimiento del deber y entonces B no tendrá el poder de extinguirlo. Entiende que es un absurdo suponer que tanto A y B tienen un exclusivo poder de control sobre el mismo deber.

Respondiendo a una crítica de Hare que sostiene que no hay una teoría de derechos que pueda dar una explicación satisfactoria de los derechos negativos y positivos, Haksar señala que su teoría sí es capaz de hacerlo. Si tengo derecho a la libertad de expresión puedo exigir que otros no me impidan ejercerlo, y si tratan de hacerlo puedo exigir que el Estado tome las acciones del caso para impedirles que interfieran mi libertad. Del mismo modo, si tengo derecho a recibir alimentos, puedo exigir tal prestación.

T. Kearns (1975) ha sostenido que no todas las obligaciones generan derechos y que el beneficiario real no es ni suficiente ni necesario

para conferir derechos. Dicho beneficio tampoco es, como pensaba Bentham, el vínculo entre derechos y obligaciones. La propuesta de Kearns consiste en asociar los derechos y beneficios mediante un sistema normativo que produzca beneficios para sus miembros. La noción de beneficio no puede depender de la correlación entre derechos y obligaciones. El vínculo entre derechos que imponen obligaciones y los beneficios, consiste sólo en que las obligaciones son elementos de un sistema normativo cuyas reglas se supone que son beneficiosas en su conjunto. Como no todas las obligaciones confieren derechos se sigue que el beneficio, real o presunto, no puede abarcar todo el análisis de los derechos. Si los derechos se restringen a los sistemas de normas, y éstas son empresas intencionadas y gobernadas por reglas dirigidas a ciertos fines, entonces hay razones para pensar que los derechos son esencialmente convencionales, en el sentido de que no hay un vínculo natural entre los derechos que imponen obligaciones y sus fines asociados. Por el contrario, según Kearns los derechos son mejor entendidos en términos de reglas de segundo orden que identifican a aquellas personas que pueden hacer cumplir, alterar o extinguir la obligación de otro. La idea de Mill de que los derechos eran algo cuya posesión debía garantizar la sociedad, puede señalar el camino del análisis de los derechos como algo distinto a la idea de beneficio. Hay un elemento que debe rescatarse: la defensa de los derechos. Kearns sugiere que los derechos están constituidos principalmente por la disponibilidad de mecanismos de refuerzo mediante el Derecho, la educación o la opinión —como sostenía Mill—, o mediante normas de refuerzo de sistemas normativos no legales que incluyan reglas para alterar o eximir a otros de sus obligaciones. De esta forma, alguien tiene un derecho si es el destinatario de una norma de segundo orden, por la cual puede alterar o eximir a otro de su obligación, o en conexión con dicha obligación puede activar nuevas responsabilidades coactivas depositadas en otros.

Wellman (1989) desarrolla la idea de que los derechos son estructuras normativas complejas que incluyen varios de los elementos descritos por Hohfeld. La función de los derechos es la que los distingue de dicho grupo de elementos. Tal función consiste en brindar al titular libertad y control dentro de una esfera en la que sus decisiones o elecciones son respetadas. Sin embargo, si un derecho es un sistema de autonomía, sólo las personas que tienen capacidad para ejercerla podrán ser titulares de derechos, con lo que se excluye a los niños o incapaces mentales. Wellman opina que la función de los derechos es impedir y resolver conflictos, delimitando un área de elección dentro de la cual los deseos o pretensiones de una persona tendrán prioridad sobre los deseos o elecciones de otros. De modo que un derecho es una esfera de decisión que es o debe ser respetada por los otros individuos y protegida por la sociedad. De la misma manera, Dworkin (1984) también elabora un análisis de los derechos en virtud de los roles que juegan con respecto a otras consideraciones normativas. Los derechos son entendidos como

triunfos sobre la justificación de decisiones políticas que establecen una meta para la comunidad considerada como un todo. El derecho a igual consideración y respeto es el derecho fundamental, según Dworkin. Ahora bien, ni este derecho puede ser el único fundamento de todos los demás derechos, ni las metas colectivas tienen necesariamente que oponerse a ellos. Porque, precisamente, la efectiva realización de todos los derechos puede ser considerada como una meta colectiva.

La función que cumplen los derechos en el razonamiento práctico sólo tiene sentido dentro de estructuras normativas complejas. Una de las estructuras más características es el Derecho. El Derecho es un tipo peculiar de un *sistema normativo institucional* —sistema de reglas identificado por reglas de reconocimiento y coercible por tribunales y operadores jurídicos—; los derechos legales son un tipo particular de los derechos institucionales: su existencia depende de grupos organizados de personas cuyos comportamientos tienen como marco de referencia conjuntos de reglas interrelacionados, reglas que confieren facultades y reglas que imponen deberes y obligaciones, pudiéndose dar el caso de tipos mixtos: este tipo de reglas determina las condiciones de existencia, las consecuencias jurídicas y el ámbito temporal de aplicación del conjunto de reglas de los sistemas jurídicos.

Sin embargo, al tomar como modelo el Derecho como ejemplo paradigmático de las reglas y acuerdos normativos, se corre el riesgo de no identificar como *derechos* aquellos elementos del razonamiento práctico que no responden al modelo institucional (Raz, 1984b). Por ello, en lugar de identificar los derechos como puntos de referencia y resultados de la aplicación de determinadas reglas institucionales, se pueden identificar por su función en el razonamiento práctico como razones últimas para la acción o la abstención. Tal sería en gran medida el sentido de los conceptos de Rawls, Dworkin o Nozick, quienes, aunque con diferente justificación y dentro del marco de teorías normativas diferentes, hablan de los derechos como algo que no está sujeto al regateo político ni al cálculo de intereses sociales (Rawls), o para quienes tomarse los derechos en serio supone preservarlos en todo caso frente a cualquier objetivo colectivo de la mayoría (Dworkin), o para quienes los derechos son restricciones laterales que se imponen en la persecución de objetivos colectivos y que no forman parte de esos objetivos (Nozick). La idea general consiste, pues, en reservar para el área y ámbito del ejercicio de los derechos un perímetro protector frente a las posibles violaciones basadas en otros intereses; es decir, los derechos vendrían a dibujar los límites de la deliberación práctica. Si la configuración de los derechos es negativa —y esta concepción característica del liberalismo conservador parece que exige un modelo conceptual más próximo a la teoría de la *elección* protegida—, los derechos tan sólo podrán ser violados por acción, ya que aquéllos imponen deberes negativos, deberes de no actuar. Por el contrario, del modelo conceptual del *interés* o *beneficiario* podría desprenderse la idea de los derechos como razones para exigir acciones

positivas —aunque podría incluir también acciones negativas— y, por consiguiente, su violación podría venir dada por omisiones. En algunas ocasiones se ha insistido tanto en este punto, que se ha venido a decir que una defensa de los derechos como razones para exigir acciones positivas —y, por tanto, un abandono de las tesis conservadoras del Estado mínimo— exige una identificación conceptual entre acciones y omisiones (Nino, 1984).

Decir que alguien tiene un derecho sólo puede tener sentido dentro de un sistema normativo. Los enunciados que contienen el término *derecho* —y los enunciados deónticos similares— no describen simples hechos, sino que adscriben ciertas competencias y obligaciones derivadas de normas presupuestas. Si bien estas normas tienen una forma universal o general, las adscripciones de *derechos* se dirigen a individuos con expectativas de disfrutar algo valioso desde el punto de vista individual. Los *derechos* son, pues, razones morales para la acción que están por encima de objetivos políticos y sociales. El problema de la identificación de la especial fuerza normativa de los derechos se hace más agudo cuando existe conflicto entre los propios derechos. No hay que olvidar que algunos derechos suelen ser denominados *fundamentales* con el objeto de destacar su importancia decisiva. En el pensamiento jurídico moderno, los derechos fundamentales son los que provienen de las normas «materialmente» fundamentales, las cuales, aunque no pertenecen a un documento constitucional, son relativas a la materia constitucional. A esta categoría pertenecen las normas que confieren a los individuos derechos *contra* el Estado, los denominados *derechos públicos subjetivos*, los cuales tienen una mayor fuerza normativa que los simples derechos legales o contractuales.

El intento de construir y analizar un concepto de los *derechos* que sea ajeno a la teoría moral y política que desarrolla esas valoraciones prioritarias está condenado al fracaso. Al fin y al cabo, si la función que desempeña una teoría de la justicia consiste en justificar las instituciones y los acuerdos para la distribución de los beneficios y cargas dentro de un grupo social, los *derechos* entendidos como conceptos normativos que dibujan los límites de la deliberación práctica son, en definitiva, las condiciones y presupuestos de una teoría normativa de la justicia.

BIBLIOGRAFÍA

Adams, D. M. (1985), «Hohfeld on Rights and Privileges»: *ARSP LXXI/1*, 84-95.

Alchourrón, C. y Bulygin, E. (1974), *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales,* Astrea, Buenos Aires.

Alexy, R. (1993), *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Asis Roig, R. de (1991), *Deberes y obligaciones en la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Asis Roig, R. de (1992), *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Debate, Madrid.
Atienza, M. (1986-1987), «Una clasificación de los derechos humanos»: *Anuario de Derechos Humanos 4*, 29-43.
Atienza M. y Ruiz Manero J. (1987), «A propósito del concepto de derechos humanos de Francisco Laporta»: *Doxa 4*, 67-71.
Austin, J. (1885), *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, R. Campbell (ed.), London.
Ballesteros, J. (ed.) (1992), *Derechos humanos*, Tecnos, Madrid.
Ballesteros, J. y Lucas, J. de (1989), «Sobre los límites del principio de disidencia», en J. Muguerza *et al.*, *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 87-97.
Bayón, J. C. (1986), «Los deberes positivos generales y la determinación de sus límites (Observaciones al artículo de Ernesto Garzón Valdés)»: *Doxa 3*, 35-54.
Bayón, J. C. (1991), *La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
Bedau, H. A. (1986), «Why do we have the Rights we do?», en E. F. Paul, F. D. Miller Jr., J. Paul (eds.), *Human Rights*, Basil Blackwell, Oxford.
Bentham, J. (1970a), *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1780), J. H. Burns y H. L. A. Hart (eds.), Athlone, London.
Bentham, J. (1970b), *Of Laws in General* (1782), H. L. A. Hart (ed.), Athlone, London.
Bentham, J. (1985), *Fragmento sobre el gobierno* (1776), J. Larios Ramos (trad.), Sarpe, Madrid.
Bentham, J. (1987), «Supply Without Burthen», en J. Waldron (ed.), *Nonsense Upon Stilts. Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man*, Methuen, London, 70-76.
Bentham, J. (1990), *Falacias Políticas* (1812), Centro de Estudios Constitucionales, J. Ballarín (trad.), Madrid.
Bobbio, N. (1982), «Presente y porvenir de los derechos humanos», A. Ruiz Miguel (trad.): *Anuario de Derechos Humanos 1*, 9-28.
Bobbio, N. (1991), *El tiempo de los derechos*, R. de Asís Roig (trad.), Sistema, Madrid.
Brandt, R. B. (1982), *Teoría Ética*, Alianza, Madrid.
Bulygin, E. (1987), «Sobre el estatus ontológico de los derechos humanos»: *Doxa 4*.
Campbell, K. (1982), «The concept of rights», Thesis, Oxford, Ms. D. Phil. C. 3146.
Campbell, T. (1983), *The Left and the Rights*, Routledge & Kegan Paul, London.
Colomer, J. L. (1982), «Derechos humanos frente al utilitarismo: los fundamentos de una concepción alternativa de justicia»: *Anuario de Derechos Humanos 1*, 29-48.
Cortina, A. (1989), «Pragmática formal y derechos humanos», en J. Muguerza *et al.*, *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 125-135.
Crawford, J. (ed.). (1992), *The Rights of Peoples*, Clarendon, Oxford.
Dabin, J. (1955), *El Derecho subjetivo*, Revista de Derecho Privado, Madrid.
Dworkin, R. (1977), *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London; v. e. *Los derechos en serio*, M. Guatavino (trad.), Ariel, Barcelona, 1984.

Dworkin, R. (1989), «Rights as Trumps», en J. Waldron (ed.), *Theories of Rights*, Oxford University Press.

Edel, A. (1971), «Some Reflections on the Concept of Human Rights», en I. Amintaphil y E. H. Pollack (eds.), *Human Rights*, Jay Stewart.

Enneccerus/Nipperdey (1960), *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Tübingen.

Feinberg, J. (1961), «Supererogation and Rules»: *Ethics 4/71*.

Feinberg, J. (1973), *Social Philosophy*, Prentice-Hall Foundations of Philosophy Series, New Jersey.

Feinberg, J. (1978), «Voluntary Euthanasia and the Inalienable Right to Life»: *Philosophy & Public Affairs 2/7*; v. e. «Eutanasia voluntaria y el derecho inalienable a la vida», R. Villanueva Flores (trad.), *Anuario de Derechos Humanos* 7 (1990).

Feinberg, J. (1980), *Rights, Justice and the Bonds of Liberty*, Princeton University Press, New Jersey.

Feinberg, J. y Gross, H. (eds.) (1980), *Philosophy of Law*, Wadsworth, Belmont, California.

Fernández, E. (1987), *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Debate, Madrid.

Fernández, E. (1989), «Acotaciones de un supuesto iusnaturalista a las hipótesis de Javier Muguerza sobre la fundamentación ética de los derechos humanos», en J. Muguerza *et al.*, *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 151-163.

Fernández, E. (1990), *Estudios de ética jurídica*, Debate, Madrid.

Fernández, E. (1991), «Etica, Derecho y Política. ¿El derecho positivo debe basarse en una ética?»: *Virtudes públicas y ética civil. Documentación social. Revista de estudios sociales y de sociología aplicada 83*.

Fernández, E. (1992), «Identidad y diferencias en la Europa democrática: la protección jurídica de las minorías»: *Sistema 106*.

Finnis, J. (1988), *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon, Oxford.

Frankel Paul, Ellen, Miller, Jr., Fred. D., Paul, Jeffrey (eds.) (1986), *Human Rights*, Basil Blackwell, Oxford.

Frankena, W. K. (1955), «Natural and Inalienable Rights»: *The Philosophical Review 2/LXIV*.

Frey, R. G. (ed.) (1985a), *Utility and Rights*, Basil Blackwell, Oxford.

Frey, R. G. (1985b), «Act-Utilitarianism, Consequentialism, and Moral Rights», en R. G. Frey (ed.), *Utility and Rights*, Basil Blackwell, Oxford.

García Pelayo, M. (1984), *Derecho constitucional comparado*, Madrid.

Garzón Valdés, E. (ed.) (1985), *Derecho y filosofía*, Alfa, Barcelona.

Garzón Valdés, E. (1986), «Los deberes positivos generales y su fundamentación»: *Doxa 3*.

Gerber, D. (1976), «Rights»: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophy 62*.

Grocio, H. (1925), *Del derecho de la guerra y de la paz* (1625), 4 vols., Madrid.

Guastini, R. (1993), «Derechos. Una contribución analítica», ponencia presentada al *Seminario internacional sobre problemas actuales de los derechos fundamentales*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Madrid.

Guisán, E. (1989), «Una justificación utilitarista de los derechos humanos», en J. Muguerza *et al.*, *El fundamento delos derechos humanos*, Debate, Madrid, 185-195.

Hacker, P. M. S. (1978), «Sanction Theories of Duty», en A. W. B. Simpson (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence (Second Series)*, Clarendon, Oxford.
Haksar, V. (1978), «The Nature of Rights»: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 2/64*.
Hart, H. L. A. (1962), *Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis*, G. Carrió (trad.), Depalma, Buenos Aires.
Hart, H. L. A. (1972), «Bentham on Legal Powers»: *The Yale Law Journal 5/81*, 799-822.
Hart, H. L. A. (1973), «Bentham on Legal Rights», en A.N.B. Simpson (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence (Second Series)*, Clarendon, Oxford, 171-201.
Hart, H. L. A. (1980), «Entre el principio de utilidad y los derechos humanos»: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid 58*, 7-28.
Hart, H. L. A. (1982a), *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, Clarendon, Oxford.
Hart, H. L. A. (1982b), «Utilitarismo y derechos naturales», J. R. de Páramo (trad.): *Anuario de Derechos Humanos 1*, 147-168.
Hart, H. L. A. (1985), «Derechos naturales: Bentham y John Stuart Mill», J. R. de Páramo (trad.): *Anuario de Derechos Humanos 3*, 137-162.
Hierro, L. (1982), «¿Derechos humanos o necesidades humanas?»: *Sistema 46*.
Hohfeld, W. N. (1968), *Conceptos jurídicos fundamentales*, G. Carrió (trad.), Centro Editor de América Latina, Buenos Aires.
Ihering, R. V. (1906), *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen stufen seiner Entwicklung*, Leipzig.
Jellinek, G. (1905), *System der subjektiven offentlichen Recht*, Tübingen.
Kamenka, E. (1992), «Human Rights: Peoples Rights», en J. Crawford (ed.), *The Rights of Peoples*, Clarendon, Oxford.
Kamenka, E. y Tay, A. E.-S. (1984), «Philosophy and Human Rights: A Survey and Select Annotated Bibliography of Recent English-Language Literature»: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 3*.
Kearns, Th. (1975), «Rights, Benefits and Normative Systems»: *Archiv für Rechts -und Sozialphilosophie 4/61*.
Kelsen, H. (1979), *Teoría general del Derecho y del Estado*, E. García Máynez (trad.), Universidad Nacional Autónoma de México, México.
Kelsen, H. (1982), *¿Qué es justicia?*, A. Calsamiglia (trad.), Ariel, Barcelona.
Kelsen, H. (1983), *Teoría pura del Derecho*, R. Vernengo (trad.), Universidad Nacional Autónoma de México, México.
Kocourek, A. (^{2}1928), *Jural Relations*, Indianapolis.
Laporta, F. (1985), «John Finnis y los derechos humanos»: *Anuario de Derechos Humanos 3*, 705-717.
Laporta, F. (1986), «Algunos problemas de los deberes positivos generales (Observaciones a un artículo de Ernesto Garzón Valdés)»: *Doxa 3*, 55-65.
Laporta, F. (1987a), «Sobre el concepto de derechos humanos»: *Doxa 4*, 73-46.
Laporta, F. (1987b), «Respuesta a Pérez Luño, Atienza y Ruiz Manero»: *Doxa 4*, 71-79.
Laporta, F. (1989), «Sobre la fundamentación de enunciados jurídicos de derechos humanos», en J. Muguerza *et al.*, *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 203-209.

Laporta, F. (1990), «Acotaciones del trampolín: respuesta a R. Vernengo»: *Doxa 7*, 301-311.
Lucas, J. de (1992), «Algunos equívocos sobre el concepto y fundamentación de los derechos humanos», en J. Ballesteros (ed.), *Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid.
Lucas, J. de y Añon, M. J. (1992), «Necesidades, razones, derechos»: *Doxa 7*, 55-83.
Lyons, D. (1969), «Rights, Claimants and Beneficiaries»: *American Philosphical Quarterly 3/6*.
Lyons, D. (1970), «The Correlativity of Rights and Duties»: *Nous 4*.
Lyons, D. (1977), «Human Rights and the General Welfare»: *Philosophy & Public Affairs 2/6*.
Lyons, D. (1986), *Ética y Derecho*, M. Serra Ramoneda (trad.), Ariel, Barcelona.
Lyons, D. (1989), «Utility and Rights», en J. Waldron (ed.), *Theories of Rights*, Oxford University Press.
MacCloskey, H. J. (1965), «Rights»: *Philosophical Quarterly 15*.
MacCloskey, H. J. (1985), «Respect for Human Moral Rights versus Maximizing Good», en R. G. Frey (ed.), *Utility and Rights*, Basil Blackwell, Oxford.
MacConnell, T. (1984), «The Nature and Basis of Inalienable Rights»: *Law and Philosophy 1/3*.
MacCormick, N. (1976), «Children's Rights: A Test Case for Theories of Right»: *ARSP 62*, 605-17.
MacCormick, N. (1978), *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon, Oxford.
MacCormick, N. (1982a), «Rights, Claims, and Remedies»: *Law and Philosophy 2/1*.
MacCormick, N. (1982b), *Legal Right and Social Democracy*, Clarendon, Oxford; v. e. *Derecho legal y socialdemocracia*, M. L. González Soler (trad.), Tecnos, Madrid, 1990.
MacCormick, N. (1988), «Rights in Legislation», en P.M.S. Hacker y J. Raz (eds.), *Law, Morality and Society*, Clarendon, Oxford.
MacDonald, M. (1989), «Natural Rights», en J. Waldron (ed.), *Theories of Rights*, Oxford University Press, Oxford.
MacDonald, M. (1991), «Should Communities Have Rights? Reflections on Liberal Individualism»: *The Canadian Journal of Law and Jurisprudence 2/4*.
Mackie, J. L. (1984), «Can there be a right-based Moral theory?», en J. Waldron, *Theories of rights*, O.V.P., Oxford, 168-181.
Marshall, G. (1978), «Rights, Options, and Entitlements», en A. W. B. Simpson (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence (Second Series)*, Clarendon, Oxford.
Martin, R. y Nickel, J. W. (1980), «Recent Work on the Concept of Rights»: *American Philosophical Quarterly 3/17*.
Melden, A. I. (ed.) (1970), *Human Rights*, Wadsworth, Belmont, California.
Melden, A. I. (1977), *Rights and Persons*, Basil Blackwell, Oxford; v. e. *Los derechos y las personas*, C. H. Paschero (trad.), Fondo de Cultura Económica, México, 1980.
Meyers, D. T. (1984), «Rights-based Rights»: *Law and Philosophy 3/3*.

Meyers, D. T. (1988), *Los derechos inalienables*, E. Beltrán Pereira (trad.), Alianza, Madrid.
Montague, Ph. (1980), «Two Concepts of Rights»: *Philosophy & Public Affairs 4/9*.
Moritz, M. (1973), «On the Hohfeldian Privilege»: *Archiv Für Rechts und Sozialphilosophie 3/59*.
Morris, H. (1970), «Persons and Punishment», en A. I. Melden (ed.), *Human Rights*, Wadsworth, Belmont, California.
Morris, H. (1981), «The Status of Rights»: *Ethics 92*.
Morton, E. W. (ed.) (1989), *The Philosophy of Human Rights*, Wadsworth, Belmont, California.
Muguerza, J. (1989a), «La alternativa del disenso», en J. Muguerza *et al.*, *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 19-56.
Muguerza, J. *et al.* (1989b), *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid.
Mullock, Ph. (1970a), «The Hohfeldian No-Right: A logical Ananlysis»: *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie 56*.
Mullock, Ph. (1970b), «Manfred Mortiz on the Hohfeldian Privilege»: *Archiv für Rechts un Sozialphilosophie 56*.
Mullock, Ph. (1977), «"Saving" the Hohffeldian Privilege»: *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie 2/63*.
Narveson, J. (1985), «Contractarian Rights», en R. G. Frey (ed.), *Utility and Rights*, Basil Blackwell, Oxford.
Narveson, J. (1991), «Collective Rights?»: *The Canadian Journal of Law and Jurisprudence 2/4*.
Nelson, W. (1974), «Special Rights, General Rights, and Social Justice»: *Philosophy & Public Affairs 4/3*.
Nino, C. S. (1987), *Introducción al análisis del Derecho*, Ariel, Barcelona.
Nino, C. S. (1989), *Ética y derechos humanos*, Ariel, Barcelona.
Nino, C. S. (1990a), «Autonomía y necesidades básicas»: *Doxa* 7, 21-34.
Nino, C. S. (1990b), «Sobre los derechos morales»: *Doxa 7*, 311-327.
Nozick, R. (1988), *Anarquía, estado y utopía*, R. Tamayo (trad.), Fondo de Cultura Económica, México.
O'Hagan, T. (1985), «Theories of Rights: Beyond the Choice/Benefit Opposition»: *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie 1/71*.
Páramo Argüelles, J. R. de (1986), «El concepto de derecho: Una introducción bibliográfica»: *Anuario de Derechos Humanos 4*, 199-219.
Peces-Barba, G. (1986), *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid.
Peces-Barba, G. (1986-1987), «Sobre el puesto de la Historia en el concepto de los derechos fundamentales»: *Anuario de Derechos Humanos 4*, 219-259.
Peces-Barba, G. *et al.* (1987), *Derecho positivo de los derechos humanos*, Debate, Madrid.
Peces-Barba, G. (1989), «Sobre el fundamento de los derechos humanos. Un problema de Moral y Derecho», en J. Muguerza *et al.*, *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 265-279.
Peces-Barba, G. (1991), *Curso de derechos fundamentales I. Teoría general*, Eudema, Madrid.
Peces-Barba, G. (1993), *Derecho y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Pérez Luño, A.-E. (1983), «La fundamentación de los derechos humanos»: *Revista de Estudios Políticos 35.*
Pérez Luño, A.-E. (1984), *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid.
Pérez Luño, A.-E. (1987), «Concepto y concepción de los derechos humanos (Acotaciones a la ponencia de Francisco Laporta)»: *Doxa 4,* 47-63.
Pérez Luño, A.-E. (1988-1989), «Análisis funcional de los derechos fundamentales»: *Anuario de Derechos Humanos 5.*
Prieto Sanchís, L. (1985), «Teoría del Derecho y filosofía política en Ronald Dworkin (Comentario al libro de R. Dworin *Los derechos en serio*)»: *Revista Española de Derecho Constitucional 14.*
Prieto Sanchís, L. (1986-1987), «Ideología liberal y fundamentación iusnaturalista de los derechos humanos. Observaciones críticas»: *Anuario de Derechos Humanos 4,* 291-323.
Prieto Sanchís, L. (1990), *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid.
Pufendorf, S. (1934), *De Jure Naturae et Gentium, Libri Octo* (1688), J. Brown Scott (ed.), Clarendon, Oxford.
Radin, M. (1938), «A Restatement of Hohfeld»: *Harvard Law Review 7/51.*
Radin, M. (1949-1950), «Natural Law and Natural Rights»: *Yale Law Review 59.*
Raz, J. (ed.) (1978), *Practical Reasoning*, Oxford University Press, Oxford.
Raz, J. (1978), «Reasons for Action, Decisions and Norms», J. Raz (ed.), *Practical Reasoning*, Oxford University Press, Oxford.
Raz, J. (1984a), «Legal Rights»: *Oxford Journal of Legal Studies 1/4,* 1-21.
Raz, J. (1984b), «Hart on Moral Rights and Legal Duties»: *Oxford Journal of Legal Studies 1/4,* 123-131.
Raz, J. (1988a), «Promises and Obligations», en P.M.S. Hacker y J. Raz (eds.), *Law, Morality and Society*, Clarendon, Oxford.
Raz, J. (1988b), *The Morality of Freedom*, Clarendon, Oxford.
Raz, J. (1989), «Right-based Moralities», en J. Waldron (ed.), *Theories of Rights*, Oxford University Press, Oxford, 182-200.
Raz, J. (1991), *Razón práctica y normas*, J. Ruiz Manero (trad.), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
Regan, D. H. (1978), «Glosses on Dworkin; Rights, Principles, and Policies»: *Michigan Law Review 8/76.*
Ritchie, D. G. (1924), *Natural Rights*, Allen & Unwin, London.
Robles, G. (1989), «Los derechos humanos ante la teoría del Derecho», en J. Muguerza *et al.*, *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 311-321.
Ross, A. (1961), *Tû-Tû*, Depalma, Buenos Aires.
Ruiz Miguel, A. (1989), «Los derechos humanos como derechos morales, ¿entre el problema verbal y la denominación confusa?», en J. Muguerza *et al.*, *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 321-327.
Ruiz Miguel, A. (1990), «Los derechos humanos como derechos morales»: *Anuario de Derechos Humanos 6.*
Scanlon, T. M. (1989), «Rights, Goals, and Fairness», en J. Waldron (ed.), *Theories of Rights*, Oxford University Press, Oxford.
Schauer, F. (1987), «Rights as Rules»: *Law and Philosophy 1/6.*

Sen, A. (1982), «Rights and Agency»: *Philosophy & Public Affairs 1/11.*
Stoljar, S. (1984), *An Analysis of Rights*, Macmillan, London.
Stoljar, S. (1985), «White on Rights and Claims»: *Law and Philosophy 1/4.*
Suarez, F. (1971), *De Legibus* (1610), L. Pereña (ed. crítica bilingüe), Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid.
Tuck, R. (1981), *Natural Rights Theories. Their origin and develpoment*, Cambridge Univesity Press, Cambridge.
Vernengo, R. (1989), «Los derechos humanos y sus fundamentos éticos», en J. Muguerza *et al.*, *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 327-343.
Vernengo, R. (1990a), «Enfoques escépticos de los derechos humanos»: *Anuario de Derechos Humanos 6.*
Vernengo, R. (1990b), «Los derechos humanos como razones morales justificatorias»: *Doxa 7,* 275-301.
Vernengo, R. (1991), «Normas morales y normas jurídicas»: *Doxa 9.*
Villanueva, R. (1995), *El concepto de derechos humanos en el pensamiento angloamericano*, Universidad de Castilla La Mancha, Servicio de Publicaciones, Colección Tesis Doctorales nº 20, Cuenca.
Waldron, J. (1981), «A Right to Do Wrong»: *Ethics* 92.
Waldron, J. (ed.) (1987), *Nonsense upon stilts. Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man*, Methuen, London.
Waldron, J. (ed.) (1989), *Theories of Rights*, Oxford University Press.
Wasserstrom, R. (1970), «Rights, Human Rights, and Racial Discrimination», en A. I. Melden (ed.), *Human Rights*, Wadsworth, Belmont, California.
Wasserstrom, R. (ed.) (1971), *Morality and the Law*, Wadsworth, Belmont, California,.
Wellman, C. (1975), «Upholding Legal Rights»: *Ethics* 86.
Wellman, C. (1982), *Morales y éticas*, J. Rodríguez Marín (trad.), Tecnos, Madrid.
Wellman, C. (1989), «A New Conception of Human Rights», en M. E. Morris (ed.), *The Philosophy of Human Rights*, Wadsworth, Belmont, California.
White, A. R. (1982a), «Rights and Claims»: *Law and Philosophy 2/1.*
White, A. R. (1982b), «Reply to Professor MacCormick» : *Law and Phisosophy 2/1.*
White, A. R. (1984), *Rights*, Clarendon, Oxford.
White, A. R (1986), «Do Claims imply Rights»: *Law and Philosophy 3/5.*
Windscheid, B. (1906), *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Frankfurt a M.

VI
CUESTIONES DISPUTADAS

DERECHO Y MORAL

Ernesto Garzón Valdés

No conozco ningún teórico o filósofo del derecho, cualquiera que sea su posición teórica, que no haya dedicado alguna parte de su obra al análisis de la relación entre derecho y moral. Ello no es sorprendente si se tiene en cuenta que el derecho y la moral constituyen los dos sistemas normativos más relevantes en el ámbito de la regulación de la vida social. Una exposición del problema de la relación entre derecho y moral no puede, pues, consistir en la presentación de todas y cada una de las versiones que a lo largo de la historia se han dado de esta problemática. Ello equivaldría a una fatigante y, a la vez, poco fecunda enumeración de autores y puntos de vista. Más interesante parece ser una consideración de las posibilidades básicas concebibles por lo que respecta a la relación entre derecho y moral. Éstas son, por lo pronto, dos tradicionalmente conocidas como I) la tesis de la vinculación y II) la tesis de la separación. Es verdad que las dos admiten matizaciones que pueden llegar hasta borrar la pretendida diferencia radical entre ambas; conviene, sin embargo, ver más de cerca estas dos tesis y los argumentos que suelen esgrimirse para su justificación, a fin de poder contar con un marco que facilite la comprensión de esta milenaria discusión. Pero, antes, una observación previa: la polémica entre ambas tesis no se refiere a la relación empírica entre derecho y moral; ningún partidario de la tesis de la separación niega que los sistemas jurídicos sean reflejo más o menos fiel de las convicciones morales de quienes detentan el poder en una sociedad determinada. La discusión se centra en la posibilidad o imposibilidad de establecer una relación conceptual entre derecho y moral.

I

Con respecto a la tesis de la vinculación, las versiones más significativas —con un grado decreciente de intensidad por lo que respecta a la relación entre derecho y moral— son las que siguen.

1. *La equivalencia entre derecho y justicia*

Partiendo de la afirmación de que la ley es sólo una aplicación a las circunstancias de cada sociedad de una ley natural basada a su vez en la ley eterna, se infiere que, en la medida en que aquélla no derive de estas últimas, deja de ser ley. Agustín de Hipona (1947, I, V, 11, 263) expresó esta posición con la fórmula lapidaria: «No es ley la que no es justa». Por consiguiente, no existiría obligación alguna de obecederla.

Una versión similar se encuentra en Francisco Suárez. Como toda ley es «norma de bien obrar» (1967, Libro II, cap. IV, 5), no puede haber conflicto entre normas morales y jurídicas. Si estas últimas contradicen aquéllas, dejan entonces de ser normas: «[...] es contradictorio que se dé una ley y que no obligue de forma tal que desviarse de ella sea feo y moralmente malo [...]» (1967, Libro III, cap. XXIII, 2).

Siglos antes, Cicerón (*De legibus*, II. v. 11-13, 385) había dicho:

> Es claro que en la misma definición del término «ley» [jurídica] está implícita la idea y el principio de elegir lo que es justo y verdadero. [...] ¿Qué pasa con las muchas leyes pestilentes que las naciones ponen en vigencia? Ellas no merecen ser llamadas leyes más que las reglas de una banda de bandidos. [...] Por lo tanto, la ley es la distinción entre las cosas justas e injustas hecha de acuerdo con la primera y más antigua de las cosas, la Naturaleza; y en conformidad con la pauta de la Naturaleza están estructuradas aquellas leyes humanas que castigan lo malvado a la vez que defienden y protegen lo bueno.

En época relativamente reciente, sobre todo en Alemania, la supuesta necesidad de tomar en cuenta los «dictados» de la naturaleza para la formulación de normas «auténticamente jurídicas» fue expuesta por los representantes de la llamada corriente iusfilosófica de la naturaleza de las cosas. Así, por ejemplo, según H. Schambeck (1964, 80) en la naturaleza no existe distinción entre ser, orden y valor y si el derecho no ha de ser una simple imposición del poder tiene que respetar la naturaleza de las cosas y extraer de ella las notas relevantes del orden justo (1964, 43 y 141). El respeto de la naturaleza de las cosas aseguraría no sólo la legitimidad del orden jurídico positivo sino también su eficacia (1964, 88).

2. *La equivalencia entre ley injusta y ley corrupta (degenerada)*

Ésta es una versión más débil de la tesis anterior y fue expuesta por Tomás de Aquino[1]: una ley injusta sería una corrupción de la ley (*non lex*

1. Cf. Finnis, 1980, 363.

sed legis corruptio, *Summe der Theologie*, I-II q. 95 2, 474). Las leyes injustas seguirían siendo leyes, aunque imperfectas. No son leyes *simpliciter*, en el sentido focal de la palabra, pero ello no significa que pierdan validez jurídica. La injusticia afectaría el deber moral de obediencia y podría hasta eliminarlo totalmente: «[...] los súbditos no están obligados a obedecerla como no sea [...] a causa del disgusto o del peligro que hay que evitar» (*Summe der Theologie*, q. 104, 431). Pero, su validez jurídica beneficiaría al gobernante injusto y, desde este punto de vista, conservaría una especie de bondad técnica: «Si el propósito del legislador no concuerda con lo que es bueno sin más sino útil o amable para él o contradice la justicia divina, entonces la ley no hace a los hombres buenos sin más sino sólo en cierto sentido buenos, es decir, para los fines de tal gobierno. Pero, de esta manera, puede encontrarse lo bueno en aquello que es malo en sí: justamente como un buen ladrón es quien realiza su tarea consecuentemente» (*Summe der Theologie*, q. 92, 443).

3. *La equivalencia entre «punto de vista interno» y «punto de vista moral»*

Esta versión de la relación conceptual no recurre a fundamentaciones teológicas, como en el caso de Agustín de Hipona o de Tomás de Aquino, sino que la estrategia de su argumentación es la que se detalla a continuación. Se admite que la presencia de lo que Hart (1968, 127 ss) ha llamado «punto de vista interno» es una condición necesaria para la existencia de un orden jurídico positivo. Este punto de vista tiene que ser distinguido, de acuerdo también con Hart, del «punto de vista externo». Ambos se refieren a las razones que pueden tenerse para obedecer el derecho. En el caso del punto de vista externo, ellas son de tipo prudencial. Dado que las razones para obedecer el derecho sólo pueden ser prudenciales o morales, el punto de vista interno implicaría una adhesión a las normas del derecho por razones morales. El punto de vista interno podría ser traducido, pues, sin inconveniente semántico como punto de vista moral. Sin la presencia de este punto de vista moral de, por lo menos, los gobernantes, no sería posible decir que un sistema jurídico positivo existe. Dicho con otras palabras: todo enunciado de existencia de un sistema jurídico positivo presupondría la existencia de un punto de vista moral. Es decir, habría una relación necesaria entre moral y derecho. Esta posición ha sido defendida, entre otros, por Philip Soper (1989, 209) y Ernesto Garzón Valdés (1993b, 320 ss).

4. *La relevancia esencial de la pretensión normativa del derecho*

Esta posición puede ser entendida como complementaria de la anterior. Sostiene que, si se quiere dar cuenta del funcionamiento de un sistema de derecho positivo, no es posible ignorar pretensiones normativas morales que van más allá de la mera positivación jurídica de una

moral positiva, ya que aspiran a ser correctas también desde la perspectiva de una moral crítica o ética.

Hace ya más de tres décadas, Theodor Viehweg (1960) sostuvo que ninguna sociedad puede mantener su cohesión si no cuenta con una estructura jurídica que establezca dogmáticamente qué es lo que en ella se considera justo. Todo jurista práctico, tanto en su función interpretativa como legislativa, está sujeto a esta estructura dogmática, que es justamente la que posibilita la convivencia al permitir la coordinación de las acciones de los individuos que integran un colectivo cualquiera. La parte oficial del sistema jurídico es la que se encarga primordialmente de hacer valer la *intentio dogmatica* del derecho, cuya corrección moral no puede poner en tela de juicio.

Esta *intentio dogmatica* es lo que Garzón Valdés llama «pretensión de legitimidad». Con la pretensión de legitimidad sucedería lo mismo que con la pretensión de verdad que sustenta quien afirma creer en la verdad de una proposición descriptiva. Es obvio que quien cree en la verdad de P, considera que P es verdadera. Desde el punto de vista de la persona que sustenta una creencia, creencia y verdad coinciden. Por ello, podía afirmar Wittgenstein (1960, 500): «Si existiera un verbo con el significado "creer falsamente", no tendría sentido la primera persona del indicativo [...] "creo ..., y no es así" sería una contradicción».

Con respecto a la pretensión de legitimidad por parte de las autoridades de un sistema jurídico, la observación de Wittgenstein podría ser parafraseada de la siguiente manera. Es contradictorio afirmar: «Creo en la legitimidad de mi sistema, pero es ilegítimo», o «Creo que mi sistema es legítimo pero no pretendo que lo sea», o «La regla de reconocimiento coincide con mis valoraciones primarias pero es incorrecta moralmente».

Desde un enfoque algo diferente, Alexy (1989, 177) se ha referido a la «pretensión de correción», como un «elemento necesario del concepto de derecho. Ella establece la conexión entre derecho y moralidad». Para ilustrarla, recurre al siguiente ejemplo: supongamos que en un Estado X una asamblea constituyente resuelve incluir en el artículo primero de la Constitución la siguiente frase: «X es una república soberana, federal e injusta». Sin duda, este artículo es manifiestamente defectuoso. Pero el defecto no es técnico, moral o convencional, sino conceptual: «Con el acto de dictar una Constitución está necesariamente conectada una pretensión de corrección, en este caso, una pretensión de justicia. El autor de una Constitución comete una contradicción performativa si el contenido de su acto constitucional niega esta pretensión, mientras que la plantea con la ejecución de su acto» (1989, 179)[2].

2. Muy similar es la posición de MacCormick (1994, 112): «[...] implicaría una contradicción pragmática si una legislatura dictara una ley con el propósito expreso de implementar una discriminación injusta [...] la idea de una legislación promulgada sin ni siquiera la pretensión de corrección es algo absurdo». En la misma línea, Postema (1987, 92 s) sostiene: «La

También Raz (1994, 199) subraya la importancia de la pretensión de legitimidad:

> Argumentaré que, a pesar de que un sistema jurídico pueda carecer de autoridad legítima o a pesar de que su autoridad legítima pueda no ser tan amplia como pretende, todo sistema jurídico pretende tener autoridad legítima. Si la pretensión de autoridad es parte de la naturaleza del derecho, entonces sin que importe lo que además puede ser el derecho, tiene que ser capaz de poseer autoridad.

5. *El argumento de la razonabilidad práctica. Pretensión de razonabilidad*

Si la institucionalización del derecho, se dice, es algo razonable dada nuestra condición humana —esbozada en lo que Hart (1968, 239 ss) llama «contenido mínimo de derecho natural» o Strawson (1974a), nuestro *make-up* psicológico— esta exigencia de razonabilidad requiere que el concepto mismo de derecho incluya elementos de moralidad. Para decirlo con palabras de MacCormick (1994, 120):

> La tesis de que hay algo así como razón práctica y que el derecho pertenece al ejercicio (por más defectuoso que sea) de la razonabilidad práctica tiene, por consiguiente, una importancia fundamental. Es la base de la pretensión de que hay una conexión necesaria entre derecho y moralidad: ambos están vinculados por ser modos de ejercicio de la razón práctica, al mismo tiempo difieren por ser modos diferentes de ella, teniendo diferentes criterios de validez para las normas o reglas que aplican.

Nino (1990) formuló lo que llamaba «teorema fundamental de la teoría general del derecho», según el cual entre las normas jurídicas y las morales existiría una «relación de identidad de caso»:

> Hay casos de normas morales que son normas jurídicas puesto que la clase de las normas jurídicas justificatorias es una especie de la clase de normas morales; no todo principio o juicio moral es una norma jurídica, pero toda norma jurídica que tiene un rol de razón operativa en el razonamiento práctico es un juicio moral especial [...] (1990, 322).

Como el propio Nino subrayaba, esta tesis era todavía más amplia que la sostenida por autores como Alexy (1989, 205 ss), quien afirma que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico

propiedad que distingue al derecho de otros ejercicios del poder social es que el derecho —o más bien la parte oficial— pretende autoridad para la formulación de sus directrices lo mismo que para respaldarlas con la amenaza de la fuerza. Nos vemos forzados a negar hasta de facto autoridad a los imperativos respaldados por la fuerza si aquellos que los formulan no pueden pretender legitimidad sin contradicción o autoengaño [...] Si [la parte oficial] no puede pretender legitimidad para ella misma, no tenemos base sobre la cual podamos acordarle, ni siquiera de facto legitimidad. Pero, entonces, hay un sentido directo en el cual la fuerza coactiva institucionalizada no puede ser considerada como derecho» (1987, 93).

general o Raz con su propuesta de las normas jurídicas como razones operativas autónomas para justificar decisiones (cf. Nino, 1985, 143).

No muy diferente parece ser la posición de Laporta (1987, 29), cuando afirma que en el derecho «no sólo pueden darse relaciones lógico-normativas, sino que aparecen también relaciones justificatorias o instrumentales que pertenecen al mundo del razonamiento práctico y son posibles de aprehender en los lazos formales del razonamiento lógico-deductivo».

6. *El argumento de la interrelación entre seguridad y un mínimo de moralidad*

Este argumento ha sido defendido, entre otros, por Brusiin (1990, 129) y por Garzón Valdés (1993c, 311 ss). Sostiene que cualquiera que sea la concepción moral que se sustente, hay un valor que todo sistema jurídico positivo tiene que respetar: el de la seguridad jurídica (entendida en el doble sentido de la convivencia pacífica y de la previsibilidad de las decisiones jurídicas). La historia presenta una enorme variedad de sistemas en los que el respeto de la equidad (o de la dignidad humana, si se prefiere) ha tenido una variada intensidad, sin que por ello la seguridad haya sido afectada. Como es sabido, para no pocos autores las llamadas leyes raciales de Nuremberg, al establecer claramente tipos penales, contribuyeron a aumentar la seguridad en el sentido de que fue entonces claramente previsible la nulidad de los matrimonios mixtos entre arios y judíos. Por ello, Buchheim (1982), ha podido afirmar:

> Las leyes de Nuremberg fueron adecuadas para poner fin a la inseguridad jurídica que favorecía todo tipo de terror hasta entonces dominante en el ámbito de la discriminación de los judíos; crearon una normativa que prometía a las víctimas ciertas posibilidades de protección. *Naturalmente el contenido material de las leyes raciales era injusto* pero, a diferencia de lo que hasta entonces ocurría, era una injusticia calculable y la experiencia de la vida bajo una dominación totalitaria enseña que ella es más fácil de soportar que la pura arbitrariedad incalculable [...]

En el caso de sistemas totalitarios no habría, pues, conflicto alguno entre seguridad e injusticia. La cuestión es saber si existe algún sistema jurídico-político en el que la violación de toda justicia vuelve imposible también la seguridad en el doble significado de la palabra. Un sistema tal tendría que utilizar un procedimiento formal y materialmente arbitrario para la aplicación de sanciones, borrar toda diferencia entre los jurídicamente culpables y los inocentes y hasta manifestar una cierta tendencia a castigar precisamente a aquellas personas que, también de acuerdo con las disposiciones proclamadas, son inocentes.

El régimen nazi incluyó en la categoría de los culpables a personas inocentes, ya que impuso castigos a quienes no eran autores de acciones u omisiones sino que, por razones de raza o religión, fueron considera-

dos destinatarios de la represión estatal. Estas disposiciones —sin duda expresión de barbarie— permitían, con todo, identificar a los «culpables» y, en este sentido, garantizaban una cierta seguridad jurídica.

El paso decisivo hacia la eliminación de la más elemental seguridad jurídica se da cuando la clase de los culpables es abierta, es decir, el régimen no provee ningún criterio de demarcación. Es el caso del terrorismo de Estado, que puede ser entendido como:

> Una forma del ejercicio del poder estatal cuya regla de reconocimiento permite y/o impone, con miras a crear el temor generalizado, la aplicación clandestina, impredecible y difusa, también a personas manifiestamente inocentes, de medidas coactivas prohibidas por el ordenamiento jurídico proclamado, obstaculiza o anula la actividad judicial y convierte al gobierno en agente activo de la lucha por el poder (Garzón Valdés, 1993d, 854).

Las medidas propias del terrorismo de Estado suponen una regla de reconocimiento que contradice el núcleo mismo, no sólo de toda posible

génesis. Se reestablecen las condiciones de la situación pre-estatal con una intensidad aún mayor que la concebida por Hobbes: mientras que en el estado de naturaleza hobbesiano los hombres-lobo tenían una igualdad de fuerzas aproximada, en el caso del terrorismo de Estado, el gobierno mismo es un «lobo aullante».

En esta situación, la violación extrema de todo atisbo de justicia vuelve imposible la seguridad, es decir, los valores justicia y seguridad se entrelazan de modo tal que la existencia misma del Estado amenaza derrumbarse. No es casual que los regímenes de terrorismo de Estado tengan siempre una existencia declaradamente transitoria como paso a una forma de Estado supuestamente definitiva o como un medio para superar una «crisis» del sistema.

En este caso límite de violación de toda pretensión de razonabilidad, ni siquiera podría hablarse de deber de obediencia por parte de los ciudadanos, ya que lo que justamente no se sabe es qué debe obedecerse.

II

Quienes sostienen la tesis de la separación han argumentado en contra de cada una de las tesis expuestas en I. Las objeciones centrales son las siguientes:

ad 1) Se trataría aquí o bien de argumentos no racionales, que convierten la ciencia del derecho en una rama de la teología, o bien de razonamientos falaces que pretenden derivar conclusiones normativas de enunciados descriptivos. En el primer caso, sólo se ofrecen razones de fe, inaccesibles a quienes no la comparten; en el segundo, se comete una

grave violación de reglas elementales de la lógica[3]. La tesis 1) no cuenta tampoco con la adhesión de teóricos modernos del derecho natural de orientación católica (cf. Finnis, 1980).

ad 2) Esta tesis introduciría criterios de validez extraños al derecho: una norma jurídica, por más injusta que pueda ser, no deja por ello de ser válida. El hecho de que sus destinatarios la obedezcan por temor o por adhesión moral, puede tener relevancia para la estabilidad del sistema jurídico en cuestión, pero no para su calidad como orden coactivo positivo. La validez de las normas jurídicas no es una cuestión de grado, como podría ser la de su eficacia. Una norma jurídica o es válida o no lo es. Sería un sinsentido decir que es más o menos válida. Además, introducir criterios de moralidad para determinar el supuesto grado de validez del derecho significaría desconocer la naturaleza misma de la moralidad:

> Puede decirse que la moralidad «trasciende» la legalidad en el sentido de que censura las leyes y las decisiones de los tribunales de justicia. Por esta razón, la moralidad no puede nunca ser totalmente incorporada en el tipo de orden coactivo que constituyen las leyes del Estado. Para poder funcionar como una pauta mediante la cual es juzgada la corrección de la ley, los principios morales no pueden convertirse en derecho positivo. Si así fuera, ello sería el fin de la moralidad (von Wright, 1985, 279).

Quienes compartan la posición defendida entre otros, por Ralf Dreier (1981, 201 s), podrían quizás aducir que en las Constituciones modernas occidentales, con la introducción del capítulo sobre derechos fundamentales, se ha producido una «moralización» tan grande del derecho positivo que la moral ha perdido mucho de su tradicional carácter trascendente. Sin embargo, ello no significaría que la moral tenga que perder su razón de ser, ya que *i*) las normas jurídicas no son las únicas que rigen el comportamiento humano, y *ii*) la moralidad seguiría jugando un papel crítico por lo que respecta a la interpretación y aplicación de las normas morales positivizadas. Tendría por ello razón E. Díaz (1987, 353) cuando afirma que «en modo alguno esa legalidad [la constitucional] y esa justicia material inserta en ella pueden pretender identificarse [...] con lo que objetivamente puede calificarse de justo».

ad 3) El punto de vista interno no tiene nada que ver con actitudes morales de la parte oficial del sistema. Uno de los autores que con mayor vehemencia ha sostenido últimamente la tesis de la separación desde una perspectiva hartiana, es Sartorius (1987). Conviene por ello detenerse en la consideración de su argumento central: si la parte oficial simplemente hace cumplir las reglas válidas de acuerdo con la regla de reconocimiento y los ciudadanos en su mayor parte las obedecen, «pue-

3. Para una crítica de las posiciones jurídicas basadas en la naturaleza de las cosas, cf. Garzón Valdés, 1971.

de decirse que el sistema jurídico existe»; el aspecto volitivo de adhesión a las normas básicas del sistema no sería necesario:

> Consideremos un sistema jurídico en el que la parte oficial satisface la condición de conformidad y las condiciones de creencias acerca de las preferencias, los sentimientos y las creencias de los demás pero en el cual las creencias son de hecho falsas. Cada miembro de la parte oficial puede, en el fondo de su corazón, rechazar los valores que abraza el sistema y desear su derrumbe pero (creyendo equivocadamente que [por ejemplo] los otros miembros de la parte oficial son buenos nazis) continuar el «juego» de imponer las reglas del sistema [...] básicamente por miedo (Sartorius, 1987, 51 s).

Éste sería el caso de un país en el que toda la parte oficial tiene una percepción equivocada de las razones que motivan el comportamiento de sus integrantes y en donde todos ellos, además, rechazan internamente el sistema.

Una versión más suave de esta posición —que también sugiere Sartorius— es aquella en la que la parte oficial no padece los efectos de la creencia errónea, sino que no tiene ninguna creencia acerca del valor de las reglas básicas del sistema: simplemente las cumple por hábito, tradición o aburrimiento. En este caso, no podría hablarse en absoluto de una adhesión a las reglas del sistema en sentido fuerte, como es el que requiere la adhesión moral.

Hart (1958, 92 s) parece haber pensado en esta posibilidad cuando afirma que «tanto la obediencia general y el ulterior uso de la ley y las actitudes frente a ella pueden ser motivadas por temor, inercia, admiración de la tradición, o cálculo a largo plazo de intereses egoístas como así también por el reconocimiento de una obligación moral. [...] La cuestión acerca de qué es lo que motiva la práctica, aunque importante, es una cuestión independiente».

En defensa de su posición, Sartorius invoca al propio Hart (1968, 250 s):

> [Una] condición necesaria para la existencia de un poder coactivo es que al menos algunos tienen que cooperar en el sistema y aceptar sus reglas [...] pero, no es [...] verdad que aquellos que aceptan el sistema voluntariamente tengan que concebirse a sí mismos como moralmente obligados a hacerlo [...] En realidad, su adhesión al sistema puede estar basada en muchos cálculos diferentes: cálculos de interés a largo plazo; falta de interés en los demás; y actitudes heredadas o tradicionales no reflexionadas; o el simple deseo de actuar como los demás. En verdad, no hay razón por la cual quienes aceptan la autoridad del sistema deberían no examinar su conciencia y decidir que, moralmente, no deberían aceptarla; sin embargo, por una variedad de razones, continúan haciéndolo.

Quienes sustentan 3) podrían quizás responder que la cita es buena pero resulta difícil de conciliar con la siguiente afirmación, también de Hart (1968, 72):

> Lo que es necesario es que haya una actitud crítica reflexiva con respecto a ciertas pautas de comportamiento como un criterio común y que esto se manifieste en crítica (incluyendo la autocrítica), en pedidos de conformidad y en el reconocimiento de que tal crítica y exigencias están justificadas, todo lo cual encuentra su expresión característica en la terminología normativa de «debe», «tiene que» y «debería», «correcto», »falso».

Si quienes adoptan el punto de vista interno asumen también una actitud crítica y autocrítica, no se ve muy bien cómo podría admitirse al mismo tiempo que las autoridades del sistema jurídico en cuestión, al menos las supremas, no adhieren moralmente a sus reglas. Por otra parte, si se toman en cuenta los costos que el cumplimiento de toda norma que establece conductas coactivas implica, no se entiende cómo seres racionales puedan cumplirla por «aburrimiento».

Sartorius (1987, 47) reconoce, por otra parte, que «Hart no intenta asociar el aspecto interno de la existencia de las normas con aquellos que las aceptan sintiéndose obligados a seguirlas». Pero, entonces, no se entiende el caso de los jueces no nazis del ejemplo de Sartorius, ya que ellos sí se sienten obligados a obedecer las normas nazis por temor a la reacción de los otros jueces supuestamente nazis. Este tipo de razones son justamente las que corresponden al punto de vista externo (cf. Hart, 1968, 112).

ad 4) Según Eugenio Bulygin, los ejemplos de contradicción performativa presentados por Alexy no son tales. En efecto, los artículos de la supuesta Constitución son prescripciones y no descripciones. Si fueran descripciones podría predicarse su verdad o falsedad. En tanto prescripciones carecen simplemente de sentido porque «no tiene sentido ordenar que una Constitución o un Estado debe ser justo o injusto como no lo tiene ordenar que un país deber ser rico o los árboles verdes. Ciertamente algunas Constituciones son justas, algunos países son ricos y los árboles [...], verdes, pero se trata de estados de cosas que no pueden ser prescriptas u ordenadas» (Bulygin, 1993, 22).

En caso de que estos artículos no sean entendidos como prescripciones sino como declaraciones políticas, lo más que podría decirse es que el artículo que afirma la injusticia de la Constitución, es expresión de una «falla política pero no conceptual» (Bulygin, 1993, 23). En conclusión, el argumento de la pretensión de corrección carecería de fundamentación y la tesis de la vinculación parecería «pender en el aire» (Bulygin, 1993, 24).

Los partidarios de 4) podrían sostener que el argumento de Bulygin no es convincente porque equiparar la justicia de un orden constitucional con el color verde de las hojas de los árboles no parece ser un recurso muy apropiado para refutar la tesis de la pretensión de corrección. Como el propio Bulygin acepta, hay Constituciones justas, al igual que árboles verdes, pero la justicia o injusticia de una Constitución es el resultado de acciones humanas y no de procesos naturales

como el verdor de las hojas de los árboles. Por lo tanto, puede ser contenido de una norma; así lo admite también Bulygin (1993, 22): «Naturalmente se puede [...] ordenar la creación de una Constitución justa [...]; una tal ordenanza tendría [...] ciertamente sentido».

Bulygin insistiría, sin embargo, en que aun cuando se admitiera la posibilidad de una ordenanza tal, ella no podría nunca ser dirigida a los propios constituyentes. Ello es verdad y tampoco los partidarios de 4) lo niegan.

Quizás la polémica Bulygin-Alexy podría ser entendida como una discusión que se mueve en diferentes niveles: mientras Bulygin hace recaer el acento sobre los posibles destinatarios de la supuesta prescripción, lo que le interesa subrayar a Alexy es la perspectiva de quien enuncia la frase contenida en el artículo 1. Palabras como «justo» o «legítimo» pueden ser usadas —y comúnmente lo son— en el sentido que Hare (1967, 166) llama «adscriptivo». Cuando el constituyente dice «esta Constitución es justa», realiza un acto de adhesión a la Constitución; «justa» es aquí sinónimo de «legítima». Esta frase no es una frase meramente descriptiva. Parafraseando a Hare, podría afirmarse que sería «inapropiado» sostener: «No, tu enunciado que esta Constitución es justa es falso; la Constitución carece de las notas necesarias para ser justa». La frase es más asimilable a una decisión valorativa que, cuando es pronunciada por el constituyente, puede ser interpretada como redundante, ya que se supone que el constituyente adhiere a su propia Constitución. Si se acepta que la palabra «justa» sería redundante en el artículo 1 de la Constitución del ejemplo, podría admitirse sin mayor inconveniente que la expresión «injusta» introduce una contradicción que bien puede ser llamada «performativa» o «pragmática».

Las adscripciones de justicia o injusticia tienen un carácter normativo. En la terminología de von Wright, podrían ser llamadas manifestaciones de asentimiento:

> Prestar asentimiento a una norma no es afirmar una verdad; el disentimiento no es una negación (de una verdad). Asentir (disentir) es más parecido a un acto de legislación o de dación de norma. [...] Al asentir o disentir, un sujeto evidencia su actitud moral frente a una norma, su concepción de lo que es correcto y de lo que no lo es. Cuando se trata de asuntos jurídicos, lo que es correcto se dice que satisface un ideal de justicia. Las actitudes de asentimiento de las normas se reflejan también en la legislación y en la interpretación de la ley por parte de juristas y abogados. Desde el punto de vista del legislador es *conveniente* que los ciudadanos presten su asentimiento a las leyes (1985, 278 s).

Un legislador (constituyente o no) que dictara sistemáticamente normas con las que disiente y en cada acto legislativo expresara su disentimiento sería considerado, sin necesidad de recurrir a mayores conocimientos médicos, como alguien que bordea la demencia. Podría, por supuesto, alegarse que ello es grave pero no imposible: la historia registra innumerables casos de legisladores perversamente locos. Pero ésta

no es la cuestión; lo importante es que si se admite la necesidad de un punto de vista interno por parte, al menos, de los gobernantes para la existencia de un sistema jurídico, éste no podría existir con legisladores pragmáticamente contradictorios.

Desde luego, la discusión de la posición 4) no concluye aquí. Atienza (1991) ha puesto seriamente en duda la relevancia de la pretensión de corrección y de la concepción discursiva de la racionalidad, sobre todo en el ámbito de las decisiones judiciales. Además, si el recurso a la pretensión de corrección es un argumento en favor de la relación conceptual entre derecho y moral, ello tendría consecuencias ideológicas no deseables. En efecto:

> Por un lado, en relación con el sistema jurídico en su conjunto, éste podría estar dotado de pretensión de corrección pero [...] ser considerablemente injusto. Y una norma o una decisión jurídica podría no satisfacer del todo la pretensión de corrección, sin dejar por ello de ser jurídica. Pero, entonces, ¿de qué vale decir que existe una conexión conceptual necesaria entre el Derecho y la moral? ¿No suena a paradójico el que existiendo una conexión conceptualmente necesaria pueda, sin embargo, hablarse de Derecho injusto, de norma jurídica o de decisión jurídica injusta? (Atienza, 1991, 233).

Los defensores de 4) aducirían que la tesis de la pretensión de corrección no tiene nada que ver con la afirmación de criterios seguros para determinar la validez «objetiva» de los juicios morales o para juzgar la corrección moral de estas pretensiones. Pero el observador externo que analiza el sistema jurídico en cuestión, sólo podría explicar totalmente la validez de sus normas si recurre a las convicciones extrajurídicas (morales) de quienes las dictan y aplican. Y, desde luego, puede suceder aquí que el observador no acepte la concepción moral de las autoridades y funcionarios, por considerar que ella viola principios éticos. Desde el punto de vista del observador externo, siempre es posible establecer una distinción entre legitimación y legitimidad, de la misma manera que es posible hacerlo con respecto a la creencia de verdad de un tercero. Es obvio que sus «proposiciones morales internas» pueden no coincidir con las de quienes aceptan e imponen el sistema objeto de su consideración. Pero, de aquí no se sigue sin más que necesariamente deba negar el carácter de jurídico al sistema que considera. De la negación de la tesis de la separación no se sigue que no pueda calificarse a un sistema jurídico existente como inmoral.

Dicho con otras palabras: las autoridades y funcionarios se contradirían a ellos mismos si sostuvieran que la ética no juega ningún papel en el concepto de validez de las normas, ya que frente a ellas adoptan un punto de vista interno; a su vez, el observador tampoco podría dar cuenta de los prerrequisitos de la existencia de un sistema jurídico si negara su fundamento último en la moral positiva sustentada por la parte oficial del sistema, que para ella coincide con la ética. En cualquiera de

los dos casos, resultaría pues falsa la separación de derecho y moral en el nivel conceptual.

ad 5) Laporta (1993) niega la existencia de una relación conceptual entre derecho y moral. Uno de sus argumentos se dirige precisamente en contra de la vinculación entre racionalidad y moralidad. Partiendo de una concepción del sistema jurídico o del «derecho como un todo», en tanto «la unión de reglas primarias y secundarias que organizan el uso de la fuerza con pretensión de monopolio», sólo existiría una relación conceptual entre derecho y moral si de este estado de cosas o actividad «se pudiera siempre predicar una naturaleza moral, es decir, fueran siempre un estado de cosas o una actividad *moralmente buenos o moralmente correctos*» (1993, 94). Por ello, concluye Laporta (1993, 95):

> [...] hemos de tener buen cuidado de no identificar apresuradamente «racionalidad» y «moralidad». Regular el uso de la violencia privada es, seguramente, un artificio racionalizador de cara a la posibilidad misma de satisfacer ciertas preferencias, es decir, es un medio instrumentalmente adecuado para conseguir el objetivo de esa satisfacción. Pero esa *racionalización* de la vida no es lo mismo que su *moralización*. Las reglas de la violencia pueden ser inmorales e injustas sin que eso afecte en principio a su función racionalizadora.

Los partidarios de la tesis de la vinculación responderían quizás a Laporta aduciendo lo siguiente:

i) Laporta tiene razón cuando afirma que la racionalidad instrumental no puede, sin más, ser equiparada a la moralidad. Esto es lo que ya sostenía Tomás de Aquino cuando se refería a la calidad técnica del ladrón profesional. Pero si se toman en cuenta ciertas características de la vida humana en sociedad, habría que admitir un contenido mínimo de derecho natural que hay que tomar en cuenta si se acepta que la sociedad no es un club de suicidas. A este tipo de racionalidad se refería Hobbes cuando exponía las razones que justificaban la creación del Estado.

ii) Pero, conviene distinguir entre razonabilidad y racionalidad práctica —Laporta parece utilizar ambas expresiones como sinónimos (cf. 1993, 95)—. Quienes defienden 5) no niegan la existencia de regímenes injustos, sino tan sólo afirman que el derecho es una forma de ejercicio de la razonabilidad práctica y que este ejercicio se realiza «de acuerdo con alguna concepción de la justicia»

Además, en el plano del derecho, no basta la invocación de la racionalidad técnica para la justificación del orden jurídico positivo «como un todo», sino que es necesario recurrir a valores extrajurídicos, morales. Esta necesidad de justificación es un rasgo característico del ser humano: «La necesidad de justificación o de racionalización es quizás una de las diferencias que existen entre el hombre y el animal. [...] Como el hombre es, en mayor o menor medida, un ser racional, intenta racionalmente, es decir, mediante una función de su entendimiento, justificar una conducta que el temor o el deseo determinan» (Kelsen, 1991, 30 s).

Esta justificación ha de llevarse a cabo, sostendrían los partidarios de la tesis de la vinculación, recurriendo a criterios de razonabilidad.

ad 6) Laporta (1993, 94 s) sostiene que:

> Un estado de cosas al que se llame «paz» simplemente porque las agresiones entre particulares y la violencia privada no están permitidas o no se producen empíricamente no es, necesariamente, un estado de cosas moralmente valioso. Cabe, desde luego, preguntarse si un tal estado de cosas no asegura al menos la supervivencia y, por lo tanto, es instrumentalmente conveniente respecto de esa supervivencia meramente física. Pero aún si esto fuera así, no es muy seguro que de ello se pudiera inferir su carácter moralmente valioso.

Los defensores de 6) aducirían, probablemente, que los juicios de moralidad referidos a sistemas jurídicos como un todo admiten graduaciones, y que tiene perfecto sentido decir que hay sistemas más morales o inmorales que otros. Pero sostendrían que la negación de todo contenido de valor (también el de la seguridad hobbesiana) priva al sistema de todo sentido jurídico, ya que no estaría en condiciones de regular la conducta humana. Se trataría aquí de una exigencia basada en lo que Strawson (1974b, 30) llamaría una «interpretación mínima de la moralidad», en el sentido de que representa «lo que literalmente podría ser llamado una especie de conveniencia pública: de importancia primaria como una condición de todo lo que importa».

III

Con esto no termina la discusión entre los partidarios de la tesis de la vinculación y quienes sostienen la tesis de la separación.

En efecto, aun cuando juristas como Bulygin, Kelsen o Laporta estuvieran dispuestos a aceptar la tesis de la vinculación podría seguirse insistiendo en que el problema fundamental no reside en la aceptación o negación, por ejemplo, de pretensiones de legitimidad o corrección, sino que lo decisivo es que se trata tan sólo de pretensiones subjetivas (por más que ellas puedan ser compartidas en una sociedad), ya que se carece de todo criterio objetivo que permita determinar la corrección de estas pretensiones. Éste es el problema de la fundamentación racional de las normas morales o de lo que, a veces, suele llamarse derechos morales o derechos humanos (no positivizados). Veamos más de cerca esta cuestión.

La tesis del escepticismo ético en el ámbito jurídico admite también grados de radicalidad.

1. *Concepciones fuertes del escepticismo ético*

a) Vernengo (1990, 276) aduce que la expresión «derechos morales» no calza en «nuestra tradición lingüística y teórica» y es sólo el resulta-

do de haber «traducido malamente del inglés» la fórmula «*moral rights*». Pero, aun cuando se la admitiera, «las propuestas contemporáneas de pensar los derechos humanos como derechos morales conllevan incurrir en los típicos dualismos de las metafísicas platonizantes» (1990, 285), y «[...] en esta utópica búsqueda de un fundamento moral último de los derechos morales [se arriba], como siempre, a insolubles cuestiones metafísicas» (1990, 297).

Además, la pretendida universalidad de los derechos humanos no resistiría el menor examen empírico:

> [T]ampoco hay, que se sepa, una moralidad positiva universal y, menos ciertamente, una única moralidad crítica. Al fin y al cabo, aun manteniéndonos en los límites de la moral prescriptiva que nos plazca, es arduo pensar en un facultad moral válida para todo ser humano, sin distinción de edad y sexo, para aludir sólo a algunas de las características adscriptas que son criterios casi universales para la atribución de derechos y obligaciones (1990, 291).

b) A diferencia de Vernengo, Bulygin (1991, 624) admite la posibilidad de hablar de derechos morales:

> [...] nada impide hablar de derechos morales y de derechos humanos, pero tales derechos no pueden pretender una validez absoluta. Ellos sólo pueden ser interpretados como exigencias que se formulan al orden jurídico positivo desde el punto de vista de un determinado sistema moral. [...] Por lo tanto, los derechos humanos no son algo dado, sino una exigencia o una pretensión. Sólo con su «positivización» se convierten en algo tangible, en una especie de realidad, aun cuando esa «realidad» sea jurídica. Pero cuando un orden jurídico positivo, sea éste nacional o internacional incorpora los derechos humanos, cabe hablar de derechos humanos jurídicos y no ya meramente morales.

Pero como, según Bulygin (1991, 623), el escepticismo ético es «una característica definitoria del positivismo jurídico», la única actitud racional es la del rechazo de toda pretensión de fundamentación objetiva de los derechos morales o humanos. No existiría «un sistema moral objetivamente válido, accesible al conocimiento humano» (1991, 622).

c) Según una posición sostenida en algún momento por Farrell (1979, 160)[4], la frase «"Existe un derecho natural" es un caso típico de afirmación metafísica», ya que «resulta inútil intentar descubrir algún posible criterio de verificación al cual podría someterse la afirmación citada, desde el momento en que ella nada dice acerca del mundo empírico (aunque pretende producir determinados efectos en él, como, por ejemplo, regular el contenido del derecho positivo)» (1979, 160).

Conviene tener en cuenta que el calificativo «metafísico» no tiene en Farrell ninguna connotación peyorativa. Significa tan sólo que las

4. Me inclino a pensar que actualmente Farrell no formularía una tesis tan radical. Lo que me importa aquí es tan sólo ilustrar un argumento recurriendo a un ejemplo de uno de los más distinguidos filósofos de la moral en lengua castellana.

proposiciones metafísicas carecen de método de verificación y, por lo tanto, deberían ser eliminadas del conocimiento científico, en este caso, de la ciencia del derecho.

d) Rabossi ha insistido reiteradamente (cf., por ejemplo, 1987) en una concepción según la cual los derechos humanos sólo existirían desde el momento en que fueron incorporados a ordenamientos jurídicos positivos. Sólo así se convertirían en «algo tangible», para usar la fórmula de Bulygin.

Una versión atenuada de esta posición consistiría en sostener que no es que los derechos humanos no existan hasta su positivación, sino que sólo a través de ella se «completan». Ésta es una de las tesis sostenidas por Peces-Barba (1989, 267): «La fundamentación de los derechos humanos [...] está conectada con la idea de que los derechos humanos no se completan hasta su positivación, y tiene que contar con esta dimensión de la realidad. Fundamentar los derechos humanos es buscar la raíz de un fenómeno que se explica sólo plenamente cuando está incorporado en el Derecho positivo, aunque su origen se encuentre en el plano de la Moral».

Peces-Barba ha defendido a lo largo de toda su obra la imposibilidad de fundamentar los derechos humanos fuera de un marco histórico determinado, es decir, el del mundo europeo de la Época Moderna: «Fundamentar los derechos humanos en un momento histórico anterior es como intentar alumbrar con luz eléctrica el siglo XVI» (1989, 268).

2. *Concepción débil del escepticismo ético*

Como ejemplo de una concepción más débil de la imposibilidad de dar una fundamentación moral-racional a las normas jurídicas, puede mencionarse la posición de Hoerster (1992). Según Hoerster, de las dos tesis clásicas del relativismo axiológico formuladas por Max Weber, es decir, 1) la separación entre el ámbito del ser y el del deber ser y 2) la imposibilidad de una fundamentación intersubjetiva de los enunciados de deber ser, hay que aceptar la primera pero rechazar la segunda, sin que ello implique adoptar una posición metafísica. Esto significaría el rechazo de dos actitudes filosóficas: 1) la actitud especulativa, según la cual los criterios básicos de la ética requieren una fundamentación que sólo puede ser proporcionada por alguna concepción metafísica, y 2) la actitud positivista, según la cual nuestros juicios morales cotidianos serían profesiones irracionales de fe, cuyo intento de justificación conduciría sólo a teorías vacías.

La fórmula de Günther Patzig, «ética sin metafísica», es aplicada por Hoerster como hilo conductor para su propuesta de fundamentación intersubjetiva de las normas morales. El punto de partida son los intereses que cada cual considera subjetivamente valiosos: «[C]omo no hay criterios objetivos de lo normativamente correcto, todo enunciado que diga que una determinada acción es "correcta" o que una determi-

nada norma está "fundamentada" debe ser entendido como expresión del interés de quien formula este enunciado» (Hoerster, 1992, 67).

Y así, partiendo de una base subjetiva, es posible, según Hoerster, justificar intersubjetivamente normas éticas cuando existe coincidencia de intereses entre los miembros de una sociedad, tal como sucede, por ejemplo, en el caso de la norma que prohíbe matar. Hoerster hace suya la afirmación hartiana de que la sociedad no es un «club de suicidas» y, por lo tanto, toda persona razonable aceptará la conveniencia de imponer una norma que prohíba matar indiscriminadamente. Por supuesto, puede haber personas para quienes esta norma no esté justificada porque tienen un interés mayor en mantener su libertad de matar y están dispuestas a correr el riesgo de ser muertas. Frente al *outsider* no existe la posibilidad de fundamentar intersubjetivamente la norma que prohíbe matar. La prohibición tendría que serle impuesta en este caso por haber sido aprobada por la mayoría. Esta imposición no es el resultado de un «derecho» moral de la mayoría con respecto al *outsider*, sino la manifestación institucional de una norma intersubjetivamente fundamentada por la mayoría. Es, pues, un asunto de poder —algo que, según Hoerster, no debe ser motivo de mayor escándalo—, ya que todo orden jurídico se basa en el poder o «en una voluntad que está vinculada con el poder de su realización» (1992, 70).

A los argumentos 1) y 2) podría agregarse otro que centra su atención en una consecuencia práctica peligrosa de la tesis de la separación:

3. *La pérdida del espíritu crítico por parte de los destinatarios de las normas jurídicas*

Se sostiene que la aceptación de la tesis de la vinculación destruye o, al menos, reduce la capacidad crítica de los ciudadanos con respecto al orden jurídico positivo. Dicho con otras palabras: la tesis de la vinculación supondría una correlación directa entre la obligación jurídica impuesta por la parte oficial de acuerdo con sus creencias morales y la creencia en el deber moral de obediencia de estos mandatos por parte de los ciudadanos.

Valgan las siguientes citas como ilustración de esta posición: Kelsen (1948, 383) señala los peligros de la confusión entre «derecho» y «justicia» cuando afirma que ella

> tiene el efecto de que todo derecho positivo [...] ha de ser considerado a primera vista como justo ya que se presenta como derecho y es generalmente llamado derecho. Puede ser dudoso que merezca ser llamado derecho, pero tiene el beneficio de la duda. Quien niegue la justicia a tal «derecho» tiene que probarlo; y esta prueba es prácticamente imposible ya que no hay criterio objetivo de la justicia. Por lo tanto, el efecto real de la identificación terminológica de derecho y justicia es una justificación ilícita de cualquier derecho positivo.

Similar es la posición de Hart (1968, 259 s):

> Mientras que los seres humanos puedan obtener suficiente cooperación de algunos para permitirles dominar a otros, usarán las formas del derecho como uno de sus instrumentos. Hombres malvados dictarán reglas malvadas que otros aplicarán. Lo que por cierto más se necesita para que los hombres tengan una visión clara al enfrentar el abuso del poder, es que conserven la idea de que al certificar que algo es jurídicamente válido no resolvemos en forma definitiva la cuestión de si se le debe obediencia, y que por grande que sea el halo de majestad o de autoridad que el sistema oficial pueda poseer, sus exigencias, en definitiva, tienen que ser sometidas a un examen moral.

A las posiciones aquí esbozadas, podrían oponerse los siguientes argumentos:

ad 1*a*) Laporta (1990, 301) ha rechazado las consideraciones idiomáticas de Vernengo aduciendo que ellas no pueden «servir seriamente de base para una argumentación ni a favor ni en contra de la expresión [derechos morales]. El *argumentum ad antiquitam* es una conocida falacia que no lleva a ningún sitio». Afirmar que existen derechos morales, añade Laporta (1990, 306), no significa arrojarse en brazos del iusnaturalismo (metafísico): «Dejando a un lado lo molesto que ha de ser para los angloparlantes tener que ser iusnaturalistas desde pequeñitos, lo cierto es que esa especie de conexión necesaria entre derechos morales y iusnaturalismo no parece advertirse por ningún lado. Igual que no se advierte tampoco que haya razón alguna para mantener la terca vinculación entre derechos y derecho positivo».

También Nino (1990, 312 s) ha llamado la atención sobre el carácter «desconcertante» de la argumentación lingüística:

> No parece *prima facie* que estas variaciones del léxico puedan tener consecuencias tan profundas como que dos culturas que permanentemente han interactuado tengan una diferencia conceptual tan radical como la que se sugiere: los hablantes del inglés poseerían una categoría que usan ampliamente en su discurso práctico, que nosotros no podríamos reconocer por el accidente de contar con la misma palabra *derecho* que se usa tanto para denotar un cierto sistema de normas como para hacer referencia a una cierta relación que las normas pueden establecer entre las personas.

Pérez Luño (1987, 52) ha sostenido igualmente que el uso de la expresión «derechos morales» es tan sólo «una denominación nueva para aludir a las exigencias éticas implícitas en la noción de derechos humanos, tal como tradicionalmente han sido entendidos desde la óptica isunaturalista».

En este sentido, Pérez Luño consideraría que no hay mayor inconveniente en establecer una equiparación semántica entre «derechos humanos», «derechos morales» y «derechos naturales». Pero, a esta equiparación, Ruiz Miguel (1989, 321) objetaría que aquí existe «un cabal problema semántico, en el sentido técnico que se le da al término en la semiótica, como problema de significación o conceptual». En efecto,

> [...] no cualquier obligación ética correlativa de derechos atribuidos a los hombres convierte sin más a tales derechos [morales] en derechos humanos. Sólo reciben tal título algunos derechos morales especialmente importantes. De este modo, el concepto de derechos morales no es más restrictivo que el de derechos humanos, sino justamente lo contrario, hasta el punto de que hay derechos morales tan poco «humanos» o básicos que con facilidad pueden ser considerados de menor importancia que algunos derechos jurídicos no morales (1989, 323).

ad 1*b*) Los partidarios de la fundamentación racional de los derechos humanos o morales aducirían probablemente que Bulygin parece sustentar una fe inconmovible en la verdad que pueden proporcionar las ciencias naturales. Sería la versión de la ciencia como la empresa destinada al hallazgo de la verdad, como afirmaba Frege. Quienes no compartieran esta fe recordarían quizás a Moulines (1992, 180), quien sostiene que el propio Frege también consideraba que «fuera del dominio de la lógica y la matemática (es decir, de disciplinas que literalmente no tratan sobre *nada*), no podía dar ningún ejemplo concreto de juicio verdadero».

ad 1*c*) Sostener que las proposiciones que no dicen nada acerca del mundo empírico deberían ser eliminadas de la ciencia, conduce a la conclusión inevitable de que a la matemática, que por cierto no dice nada acerca de la realidad empírica (aunque pretenda y pueda producir determinados efectos en ella), habría que negarle el carácter de ciencia.

ad 1*d*) Aceptar una posición como la defendida por Rabossi, equivaldría a concluir que hasta el 10 de diciembre de 1948 (fecha de la adopción por la Asamblea de las Naciones Unidas de la Declaración de los Derechos Humanos) no existían derechos humanos, y que ellos nacieron justamente a la hora exacta en que la Declaración fue aprobada por la Asamblea General. Esta conclusión es, por lo menos, curiosa. Pero ello no sería una razón suficiente para rechazarla. De la sorpresa que pueda provocar una afirmación no se infiere en absoluto que sea falsa. Más relevante parecería ser el hecho de que en las mismas declaraciones jurídicas se hace referencia a un orden normativo superior. Tanto en la Carta de las Naciones Unidas como en la Declaración Universal se menciona la «fe en los derechos fundamentales del hombre», es decir, se da por supuesto que ellos existen antes de su reconocimiento jurídico. Si a estos «derechos fundamentales» se los quiere llamar «aspiraciones» o «meras expresiones de sentimientos» (cf. Farrell, 1979, 160), ello no alteraría fundamentalmente la cuestión: el problema residiría tan sólo en aceptar o rechazar propuestas semánticas acerca de qué es lo que se ha positivizado. Lo que resultaría difícil es hablar de positivización sin aceptar previamente la existencia de algo que es positivizado. Los partidarios de los derechos morales dirían que éstos han sido positivizados justamente porque existían previamente. En caso contrario, no se entendería el significado del verbo transitivo «positivizar».

La tesis de Peces-Barba podría ser interpretada desde dos perspectivas diferentes, una empírica y otra conceptual. Si lo que afirma es que la expresión «derechos humanos» no fue utilizada con anterioridad al

siglo XVI en Europa, la única forma de falsarla sería encontrar épocas anteriores o regiones del mundo en donde ella lo hubiera sido. Ésta no sería una tarea fácil y mucho menos caería dentro de la competencia de un teórico o de un filósofo del derecho. Pero, si se admite que la expresión «derechos humanos» (con las matizaciones propuestas por Ruiz Miguel) es equivalente a la de «derechos morales», y que todo sistema moral incluye deberes y derechos (como correlatos de aquéllos, si se quiere), la tarea se simplifica considerablemente y elimina la importancia de la localización histórica del surgimiento de los derechos humanos. Si, en cambio, se sostiene la concepción según la cual los derechos humanos sólo son «completos» cuando se los positiviza dentro del marco del Estado de derecho europeo, la tesis es verdadera por definición de derecho humano completo pero no ofrece argumentos de fundamentación sino, cuanto más, de la necesidad de positivación de determinados derechos humanos en un determinado momento. Llevada hasta sus últimas consecuencias, la tesis de la relevancia de la perspectiva histórica significaría que hasta el siglo XVI europeo todos los sistemas jurídicos del mundo carecían de fundamentación en normas morales racionalmente fundamentables, a pesar de que, como correctamente señala Peces-Barba (1989, 268), no es que antes «[...] no hubiera conciencia de la dignidad humana, ni se hubiese reflexionado sobre la libertad o sobre la igualdad en alguna de sus dimensiones, sólo que estos materiales no habían encontrado todavía el catalizador que les transformase en la idea de los derechos y los vinculase al Derecho positivo».

Esta conclusión fuerte sería posiblemente rechazada por los historiadores del derecho y de la moral, quienes podrían traer a colación innúmeros ejemplos de positivación de derechos morales en tiempos y latitudes anteriores o diferentes a los de la modernidad europea.

ad 2) Podría aducirse que no son pocas las cuestiones que deja abierta la posición de Hoerster. El ejemplo de la prohibición de matar parece plausible pero, cuando el mismo criterio se aplica a otras normas, no es difícil encontrar contraejemplos que cuesta aceptar como resultados éticamente valiosos de una fundamentación intersubjetiva de la mayoría (basta pensar en el problema de la discriminación racial de las minorías). Y aun cuando se diera la unanimidad de intereses, sin ninguna restricción valorativa, se puede llegar a sociedades moralmente repugnantes como las ilustradas por Gibson (1977, 207) con el ejemplo de los amos y esclavos «voluntarios». Kliemt (1995, 517 s), quien acepta en principio la tesis de Hoerster, parte de la suposición de que el consentimiento tiene que darse «bajo circunstancias no extremas», es decir, que existiría un criterio independiente del consentimiento.

El problema sigue, pues, centrado en la posibilidad de encontrar una fundamentación racional de los derechos morales. Cabe mencionar, al menos, las siguientes propuestas:

i) La idea del consenso en su doble versión de consenso fáctico e hipotético: la primera ha sido sostenida por autores como Luhmann

(1975), Habermas (1982) o Fishkin (1988). La segunda, por Buchanan (1975), Gauthier (1986) o Rawls (1971).

Frente a la propuesta del consenso fáctico, podría argumentarse que del hecho de que una sociedad considere que ciertas normas son justas no se infiere sin más su corrección ética, es decir, su coincidencia con los principios y reglas de lo que suele llamarse «moral crítica».

A su vez, el consenso hipotético parece ser una dramatización inútil, como diría Hare, ya que no se ve qué añade la idea de un consenso hipotético a la concepción de un observador imparcial o de un agente moral individual que estuviera dispuesto a aceptar, por ejemplo, el imperativo categórico kantiano.

ii) Muguerza (1986 y 1989a) ha defendido tenazmente la tesis del disenso como la vía más adecuada para superar los problemas que traen aparejados las dos versiones del consenso.

La fundamentación de los derechos humanos debería ser buscada en los argumentos del disidente.

Frente a la tesis del disenso, se ha argumentado que sobre ella pesan las mismas objeciones que valen para el consenso fáctico ya que, a menos que se acepte una especie de «alquimia del consenso» (Barry, 1989, 361) o del disenso, que transformaría los actos de voluntad de quien consiente o disiente en moralmente valiosos por el mero hecho de ser manifestaciones consensuales o disensuales, no habría forma de conferirles corrección ética.

iii) J. de Lucas (1992, 19) ha sugerido la conveniencia de centrar la atención en las necesidades humanas, que son las que proporcionarían «las razones, los argumentos, que apoyarían una respuesta jurídico-normativa (y no otra) a determinadas exigencias que se pretenden justificadas, una respuesta jurídico-normativa a las demandas que afirman que es justo reclamar algo, una justificación de por qué tiene fundamento racional pretender que el derecho adopte [...] una respuesta a tales demandas».

Adopta aquí una posición muy similar a la sostenida, entre otros, por Bunge (1989) y por Añón quien afirma (1992, 113): «A mi juicio, las necesidades permiten argumentar concretamente, de acuerdo con los parámetros de razonabilidad, de forma que desde la existencia de las necesidades básicas podamos justificar la existencia de derechos».

A estas posiciones, no serán pocos quienes objetarán que los hechos (las necesidades básicas) no pueden proporcionar razón justificatoria alguna, ya que el ámbito de las justificaciones es de naturaleza normativa y no es lícito dar sin más el salto del ser al deber ser. Bunge (1996, 5) tiene perfecta conciencia de ello, pero declara categóricamente que está dispuesto a darlo:

> Hume tenía toda la razón al afirmar que lo que debe ser no es lo mismo que lo que es: las normas no son del mismo tipo que las proposiciones fácticas. Sin embargo, creo que se equivocaba al sostener que el abismo valor-hecho es insupera-

ble. Se equivocaba porque diariamente nos movemos del uno al otro. Por ejemplo, si me digo que debo pagar mi deuda y la pago, cruzo el abismo entre deber ser y ser. De la misma manera, cuando tomo nota de una situación injusta y resuelvo remediarla, recorro la vía inversa. Lo que separa el ser del deber ser es un abismo conceptual o lógico, pero en la práctica no es un cisma insuperable: es una mera zanja y podemos saltar por encima de ella.

Quienes no acepten la idea del «salto», aducirían probablemente que el ejemplo de Bunge es el de un silogismo práctico en el que la conclusión es una acción que no aporta nada a la justificación de la misma, a menos que se supongan tácitamente premisas normativas tales como las que dicen: «Se deben pagar las deudas» o «Se deben reparar las situaciones injustas». Si se introduce la premisa normativa, no hay salto porque no hay ni abismo ni zanja, es decir, no se plantea el problema de Hume.

En todo caso, si se quiere recurrir a la idea de las necesidades básicas, convendría tener en cuenta lo que Zimmerling (1990) ha llamado el «prejuicio a favor de la libertad» y, al mismo tiempo, rechazar el «absolutismo de la libertad». Se trata aquí de exigencias normativas que permiten una utilización argumentativamente fecunda de las necesidades básicas.

iv) Klug (1989) ha intentado ofrecer una fundamentación al sistema de los derechos morales desde la perspectiva de lo que él denomina «metafísica crítica», para distinguirla de la «metafísica dogmática» sustentada por el Idealismo alemán en el siglo XIX y por Martin Heidegger en el XX. La metafísica crítica acepta hipótesis y presunciones que funcionan como principios regulativos:

> Los derechos humanos [...] deben ser entendidos como principios regulativos supremos en el respectivo ámbito del derecho [...]; son pensados como axiomas ya no derivables y regulan, en tanto metasistemas normativos, partes del campo de regulación. La caracterización de los derechos humanos como derechos inalienables en los que uno cree, como principios de la justicia y como derechos que derivan de la dignidad propia del hombre, muestra que han de ser entendidos axiomáticamente y que no se piensa en una ulterior derivación (1989, 26 s).

v) Si se acepta el principio de la dignidad humana y se le añade el de autonomía y el de inviolabilidad de la persona, sería posible dar una fundamentación racional completa de los derechos humanos dentro del marco de un discurso moral. Los juicios morales serían verificables recurriendo a la aceptabilidad hipotética de estos principios que subyacen en aquéllos. Esta aceptabilidad hipotética podría ser calificada como un hecho moral. Tal es uno de los argumentos centrales de la concepción de Nino. Según Nino (1989, 119), «[e]l salto entre el mundo del "ser" y el del "deber ser" no se puede hacer por sobre el abismo que hay entre ellos sino a través del puente apropiado».

Es el puente de la aceptabilidad hipotética el que nos permitiría transitar desde la moralidad positiva a la moralidad crítica.

La pretensión de legitimidad y la influencia de la moral positiva en el derecho adquieren, desde esta perspectiva, una nueva relevancia: «La moral social o positiva es el *producto* de la formulación y aceptación de juicios con los que se pretende dar cuenta de principios de una moral ideal. Sin la aspiración de actuar y juzgar de acuerdo con una moral ideal no habría moral positiva» (Nino, 1989, 93).

vi) En una versión afín a las defendidas por Nino y por Klug, podría sostenerse que la tarea de fundamentación de los derechos morales no es muy diferente de la que realizan los científicos de la naturaleza cuando formulan sus leyes explicativas: ambos parten de axiomas y aplican criterios de admisibilidad de las leyes dentro del respectivo sistema científico. En ambos casos, los axiomas incluyen alguna versión de la realidad a la cual se aplica el sistema. Así, podría decirse, los físicos presuponen una cierta realidad objetiva y postulan el criterio de falsabilidad como criterio de admisibilidad. El escéptico total acerca de la realidad externa y de la posibilidad de establecer relaciones causales no intentará, desde luego, formular leyes físicas, y quien no siendo escéptico rechace el criterio de admisibilidad (falsabilidad) podrá, en el mejor de los casos, practicar astrología, pero no astronomía.

Dado que las normas morales se refieren al comportamiento humano, es obvio que los axiomas presuponen también alguna concepción del ser humano como agente moral (tal como la indicada por Nino) y el rechazo de versiones fuertes del determinismo. Al igual que en el caso del escéptico frente a la realidad física, quien sustente una posición determinista extrema no podrá formular reglas de comportamiento (ni morales ni jurídicas). Y, de manera similar a lo que sucede en el caso de la física, también en el campo de la moral, existe un criterio básico de admisibilidad: el de universabilidad. Quien se niegue a aceptarlo, al igual que el astrólogo, podrá formular leyes o normas de conducta, pero ellas no podrían ser calificadas de morales.

El criterio de universabilidad está estrechamente vinculado con la exigencia de racionalidad. Los argumentos que se aduzcan para justificar una norma moral tienen que ser racionalmente accesibles, tienen que ofrecer «razones puente», que permitan ser recorridas y comprendidas por todos aquellos que deseen argumentar moralmente. Ello no sólo excluye la apelación a las propias creencias religiosas, metafísicas o ideológicas sino que, además, exige la adopción de una actitud de imparcialidad.

Así como en las ciencias naturales las consecuencias empíricas que derivan de los axiomas presupuestos sirven para juzgar acerca de la aceptabilidad de aquéllos, así también en la moral las consecuencias prácticas de los postulados básicos sirven para determinar la plausibilidad de los mismos. Éste es el criterio de razonabilidad.

Los criterios de universabilidad y de racionalidad tienen, si se quiere, un carácter abstracto. En cambio, el de razonabilidad está referido a las circunstancias concretas en las que se aplican las normas morales.

La razonabilidad actúa como una especie de filtro que permite la aplicación concreta de normas universalizables y racionales. Ello explica la diferencia que suele existir en diferentes sociedades con respecto a las consecuencias normativas derivables lógicamente (racionalmente) de los mismos principios. En el lenguaje de Nagel (1991, 40), podría decirse que el filtro de la razonabilidad permite conciliar las razones para la acción relativas al agente con las razones neutrales al agente.

Pero el filtro de la razonabilidad no actúa en el vacío sino que está sujeto, por una parte, al marco que le imponen las características distintivas básicas de todo ser humano, es decir, las notas universalmente humanas. El que a estas características se las llame «contenido mínimo de derecho natural» (Hart) o «principios morales» (Nino) es aquí irrelevante. Pero, además, la extensión del ámbito de la razonabilidad está limitada por la exigencia de imparcialidad, que excluye la posibilidad de hacer valer en la argumentación moral ventajas posicionales individuales o grupales. La fundamentación de los derechos morales no se logra, por ello, a través del poder de negociación de sujetos que participan en algún discurso fáctico o hipotético, sino desde lo que Barry (1989) ha llamado «circunstancias de la imparcialidad».

La fundamentación de los derechos morales es, pues, un ejercicio intelectual que se realiza bajo condiciones de imparcialidad con la ayuda del filtro de la razonabilidad, y cuyo objetivo es la formulación racional de normas universalizables que aseguren el respeto de la persona humana. Este ejercicio no tiene nada que ver con operaciones metafísicas o la búsqueda de entidades supraempíricas.

ad 3) Al argumento de la peligrosidad ideológica de la tesis de la vinculación, podría responderse que ninguna de las versiones de la tesis de la vinculación implica una exaltación del derecho y un adormecimiento del espíritu crítico frente a las normas jurídicas. Por el contrario, algunas de ellas, las versiones fuertes, hacen depender la obediencia a las normas de su conformidad con la moral. Las versiones débiles centran su atención en la actitud de quienes dictan o aplican las normas (punto de vista interno o pretensión de corrección). La parte oficial procurará siempre conferir un halo de moralidad a sus normas y sostendrá que ellas son justas y, por lo tanto, «verdadero derecho»; puede hasta autocalificarse de «iusnaturalista». Pero de aquí no se infiere que esta actitud tenga necesariamente que provocar una obediencia ciudadana ciega. El resultado no sería muy diferente si la parte oficial se autocalificara de «iuspositivista» y sostuviera que, a pesar de que sus normas no están vinculadas conceptualmente con la moral, ellas tienen que ser obedecidas por haber sido dictadas de acuerdo con un determinado procedimiento y estar respaldadas por sanciones. Tanto en el caso del gobernante iusnaturalista como en el del iuspositivista, la actitud de obediencia/desobediencia de los destinatarios de las normas dependerá de su punto de vista interno, y de la capacidad que tengan para hacerlo valer en caso de que no coincida con el del gobernante.

He tratado de poner de manifiesto la complejidad de la discusión actual sobre el problema de las relaciones entre derecho y moral. Los argumentos presentados distan mucho de ser todos los que se han aducido al respecto. Constituyen más bien una ilustración parcial del tema y una invitación a seguirlos discutiendo, rechazando algunos y perfeccionando otros.

BIBLIOGRAFÍA

Agustín de Hipona (1947), *Del libre albedrío,* en *Obras de San Agustín III*, F. V. Capanaga (trad.), Biblioteca de Autores Cristianos, ORSA, Madrid.

Alchourrón, C. y Bulygin, E. (1991), *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Alexy, R. (1989), «On Necessary Relations Between Law and Morality»: *Ratio Juris 2/2*, 167-183.

Añón Roig, M. J. (1992), «Fundamentación de los derechos humanos y necesidades básicas», en J. Ballesteros (comp.), *Derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 100-115.

Atienza, M. (1991), *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Ballesteros, J. (comp.) (1992), *Derechos humanos*, Tecnos, Madrid.

Barry, B. (1989), *A Treatise of Social Justice 1: Theories of Justice*, University of California Press, Berkeley-Los Angeles.

Brusiin, O. (1990), *Der Mensch und sein Recht - Ausgewählte rechstheoretische Schriften*, Duncker & Humblot, Berlin.

Buchanan, J. M. (1975), *The limits of Liberty,* University of Chicago Press, Chicago-London.

Buchheim, H. ([3]1982), «Die Struktur der nationalsozialistischen Herrschaft», en Id., *Anatomie des SS-Staates 1*, Deutscher Taschenbuch, München, 15-212.

Bulygin, E. (1991), «Sobre el status ontológico de los derechos humanos», en C. Alchourrón y E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 619-635.

Bulygin, E. (1993), «Alexy und das Richtigkeitsargument», en A. Aarnio *et al.* (comps.), *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit*, Duncker & Humblot, Berlin, 19-24.

Bunge, M. (1989), *Treatise on Basic Philosophy 8: The Good and the Right*, D. Reidel, Dordrecht- Boston-Lancaster.

Bunge, M. (1996), «New Look at Moral Realism», ms.

Cicerón, Marco Tulio (1959), *De legibus*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts.

Díaz, E. (1987), «Legitimidad y justicia: la Constitución, zona de mediación»: *Doxa 4*, 349-353.

Dreier, R. (1981), «Recht und Moral», en Id., *Recht - Moral - Ideologie*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 180-216.

Farrell, M. D. (1979), *La metodología del positivismo lógico. Su aplicación al derecho*, Astrea, Buenos Aires.

Finnis, J. (1980), *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon, Oxford.
Fishkin, J. S. (1988), «Bargaining. Justice and Justification»: *Social Philosophy & Policy 2/5*, 46-64.
Garzón Valdés, E. (1971), *Derecho y «naturaleza de las cosas»*, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba.
Garzón Valdés, E. (1993a), *Derecho, ética y política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
Garzón Valdés, E. (1993b), «Algo más acerca de la relación entre derecho y moral», en Id., *Derecho, ética y política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 317-335.
Garzón Valdés, E. (1993c), «Seguridad jurídica y equidad», en Id., *Derecho, ética y política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 301-315.
Garzón Valdés, E. (1993d), «El terrorismo de Estado. El problema de su legitimación e ilegitimidad», en Id., *Derecho, ética y política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 841-871.
Gauthier, D. (1986), *Morals by Agreement*, Clarendon, Oxford.
Gibson, M. (1977), «Rationality»: *Phylosophy & Public Affairs 3/VI*, 193-225.
Habermas, J. (1982), *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln,* Suhrkamp, Frankfurt a. M.
Hare, R. M. (1967), «The Lawful Government», en P. Laslett y W. G. Runciman (eds.), *Philosophy, Politics and Society*, Basil Blackwell, Oxford, 157-172.
Hart, H. L. A. (1958), «Legal and Moral Obligation», en A. I. Melden (ed.), en *Essays in Moral Philosophy*, University of Washington Press, Seattle-London, 82-107.
Hart, H. L. A. (1968), *El concepto de derecho*, G. R. Carrió (trad.), Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
Hoerster, N. (1992), «Ética jurídica sin metafísica», en Id., *En defensa del positivismo jurídico*, E. Garzón Valdés (trad.), Gedisa, Barcelona, 50-74.
Kelsen, H. (1948), «Law, State and Justice in the Pure Theory of Law»: *Yale Law Journal 57,* 377-390
Kelsen, H. (1991), *¿Qué es la justicia?*, E. Garzón Valdés (trad.), Fontamara, México.
Kliemt, H. (1995), «Zustimmung, Reziprozität und Gerechtigkeit», en E. Garzón Valdés y Ruth Zimmerling (comps.), *Fascetten der Wahrheit*, Alber, Freiburg-München, 515-530.
Klug, U. (1989), *Problemas de la filosofía y de la pragmática del derecho*, J. M. Seña (trad.), Alfa, Barcelona.
Laporta, F. (1987), «Sobre el concepto de derechos humanos»: *Doxa 4*, 23-46.
Laporta, F. (1990), «Acotaciones del trampolín: respuesta a Roberto Vernengo»: *Doxa 7*, 301-325.
Laporta, F. (1993), «Sobre las relaciones entre derecho y moral: cuestiones básicas», en Id., *Entre el derecho y la moral*, Fontamara, México, 89-104.
Lucas, J. de (1992), «Algunos equívocos sobre el concepto y fundamentación de los derechos humanos», en J. Ballesteros, *Derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 13-20.
Luhmann, N. (1975), *Legitimation durch Verfahren*, Luchterhand, Darmstadt-Neuwied.

MacCormick, N. (1994), «The Separation of Law and Morals», en R. P. George (ed.), *Natural Law Theory - Contemporary Essays*, Clarendon, Oxford, 105-133.
Moulines, U. (1992), «Desarrollo científico y verdad»: *Agora 11/1*, 179-182.
Muguerza, J. (1986), «La obediencia al Derecho y el imperativo de la disidencia. (Una intrusión en un debate)»: *Sistema 70*, 27-40.
Muguerza, J. (1989), «La alternativa del disenso», en G. Peces Barba (ed.) *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 19-56.
Nagel, Th. (1991), *Equality and Partiality*, Oxford University Press, New York-Oxford.
Nino, C. S. (1985), *La validez del derecho*, Astrea, Buenos Aires.
Nino,
Nino, C. S. (1990), «Sobre los derechos morales»: *Doxa 7*, 311-325.
Peces-Barba, G. (1989), «Sobre el fundamento de los derechos humanos», en Id. (ed.), *El fundamento de los derechos humanos,* Debate, Madrid, 265-277.
Pérez Luño, A. E. (1987), «Concepto y concepción de los derechos humanos»: *Doxa 4*, 47-66.
Postema, G. J. (1987), «The normativity of Law», en R. Gavison (ed.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy - The Influence of H. L. A. Hart,* Clarendon, Oxford, 81-104.
Rabossi, E. (1987), *La fundamentación de los derechos humanos: algunas reflexiones críticas*, ms.
Rawls, J. (1971), *A Theory of Justice*, Clarendon, Oxford.
Raz, J. (1994), *Ethics in the Public Domain - Essays in the Morality of Law and Politics*, Clarendon, Oxford.
Ruiz Miguel, A. (1989), «Los derechos humanos como derechos morales: entre el problema moral y la denominación confusa», en J. Muguerza (comp.), *El fundamento de los derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 321-326.
Sartorius, R. (1987), «Positivism and the Foundations of Legal Authority», en R. Gavison (ed.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy - The Influence of H. L. A. Hart,* Clarendon, Oxford, 43-61.
Schambeck, H. (1964), *Der Begriff der «Natur der Sache»*, Springer, Wien.
Soper, Ph. (1989), «Legal Theory and the Claim of Authority»: *Philosophy & Public Affairs 3/18*, 209-237.
Strawson, P. (1974a), «Freedom and Resentment», en Id., *Freedom and Resentment and other essays*, Methuen, London, 1-25.
Strawson, P. (1974b), «Social Morality and Individual Ideal», en Id., *Freedom and Resentment and other essays*, Methuen, London, 27-44.
Suárez, F. (1967), *Tractatus de legibus ac Deo legislatore*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid.
Tomás de Aquino (1954), *Summe der Theologie*, Alfred Kröner, Stuttgart.
Vernengo, R. (1990), «Los derechos humanos como razones morales justificatorias»: *Doxa 7*, 275-299.
Viehweg, Th. (1960), «Über den Zusammenhang zwischen Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtsdogmatik», en *Estudios Jurídico-Sociales. Homenaje al profesor Luis Legaz y Lacambra*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 203-212.
Wittgenstein, L. (1960), *Philosophische Untersuchungen*, Suhrkamp, Frankfurt a. M.

Wright, G. H. von (1985), «Is and Ought», en E. Bulygin *et al.* (comps.), *Man, Law and Modern Forms of Life*, Reidel, Dordrecht, 263-281.

Zimmerling, R. (1990), «Necesidades básicas y relativismo moral»: *Doxa* 7, 35-34.

NORMATIVIDAD DEL DERECHO

José Delgado Pinto

I

Al tratar de la normatividad del Derecho parto de la concepción del mismo como un conjunto de normas, y empleo «norma» en un sentido amplio en el que quedan comprendidas tanto normas de distinto grado de generalidad y concreción —desde sentencias judiciales hasta leyes o principios generales—, cuanto normas procedentes de fuentes diversas: legislación, costumbre, etc. No se discutirán, por tanto, aquellas teorías que sostienen que por Derecho debe entenderse algo distinto de un conjunto de normas: lo justo concreto, las decisiones de los jueces, etc. Objeto de nuestra consideración será, más bien, el sentido en que se habla de «normas» cuando se trata del Derecho, es decir, el modo como se considera que operan las normas jurídicas respecto de aquellos a quienes se refieren o aplican. Más precisamente, bajo el epígrafe de «normatividad del Derecho» (terminología de clara ascendencia anglosajona, que equivale a «vinculatoriedad» u «obligatoriedad» del Derecho en la tradición germánica) se discutirá si las normas jurídicas son obligatorias, es decir, en qué sentido puede decirse que operan como fundamento para exigirnos recíprocamente el cumplimiento de deberes.

El lenguaje en que se expresa la práctica jurídico-social parece confirmar, en efecto, que las normas del Derecho imponen deberes, pues en dicho lenguaje se utiliza constantemente «deber» u «obligación» como un concepto básico junto a otros como «responsabilidad», «sanción», «derecho subjetivo», etc. Sin embargo, en el plano de la teoría, en el que se tratan de elaborar modelos explicativos de la práctica, no existe acuerdo a la hora de interpretar y dar cuenta de ésta. Con muy pocas excepciones —como la J. Binder en 1912 cuando afirmaba «el Derecho no obliga jurídicamente a nada», «el deber no es un concepto jurídico»— los teóricos coinciden en afirmar que las normas jurídicas

imponen deberes. Pero el desacuerdo aparece en cuanto se plantea la cuestión de si esta virtualidad del orden jurídico se funda en él mismo o, por el contrario, sólo la posee en cuanto conectado de alguna manera con el orden moral. Y estrechamente relacionada con la anterior se plantea la cuestión, que también divide a los teóricos, acerca de qué significa exactamente la afirmación de que una persona tiene el deber de realizar cierta conducta en aplicación de una norma jurídica; esta segunda cuestión suele dilucidarse tratando de determinar si los deberes que se derivan de las normas jurídicas vigentes son idénticos o análogos, o bien completamente distintos, a los deberes morales. De forma que el tema de la normatividad del Derecho se presenta, en suma, como un aspecto del pluriforme problema de la relación entre orden jurídico y orden moral.

Este tema resulta ser un problema complejo para las teorías jurídicas positivistas. Mucho menos problemático es para las iusnaturalistas. En efecto, los representantes del iusnaturalismo clásico, por limitarnos a esta versión, coinciden en afirmar que de las normas jurídicas derivan deberes similares a los deberes morales. Y no encuentran dificultad especial en mantener esta postura, dado que, según ellos, se da una conexión necesaria entre Derecho y Moral: algunas de las normas del Derecho positivo son concreción de los principios naturales de justicia, y aquellas otras que regulan materias a las que no se aplican tales principios están investidas de valor moral al proceder de una autoridad que el Derecho natural legitima. De forma bien distinta se plantea la cuestión para las teorías positivistas, que asumen como postulado básico la tesis de la separación entre el orden moral y el orden del Derecho. Según esta tesis es posible establecer tanto la vigencia como el contenido de las normas jurídicas a través de la constatación de ciertos procesos de hecho sin que posea relevancia su valor moral. ¿Cómo es posible entonces que la constatación de ciertos hechos, de la ocurrencia de ciertos actos, pueda servir de fundamento para afirmar la existencia de normas, si por tal entendemos pautas de las que derivamos deberes? ¿Y qué puede significar tener un deber en el contexto de esta concepción de las normas jurídicas? Éstos son, en esquema, los términos de la cuestión.

Se profese o no una teoría positivista, me parece indiscutible que se ponen mejor de relieve los distintos aspectos que presenta el problema de la normatividad del Derecho tratándolo tal como se plantea en el marco del positivismo jurídico. Ya antes del comienzo de nuestro siglo los representantes de esta amplia corriente teórica habían discutido el tema y habían elaborado diversas soluciones para el mismo. Si no me equivoco, las más relevantes de esas elaboraciones doctrinales han vuelto a ser defendidas por teóricos de nuestro siglo, aunque sirviéndose de un aparato conceptual remozado. Por eso, en lo que sigue, expondré las principales posiciones ante el problema de la normatividad jurídica resumiendo y comentando la doctrina de algunos destacados filósofos del derecho de nuestro siglo.

II

En la obra de H. Kelsen encontramos un tratamiento bastante completo y coherente del tema que nos ocupa, aunque ciertamente oscuro y por supuesto insatisfactorio. Es bien conocido que para el autor de la *Teoría pura del Derecho* el orden jurídico se compone de normas vinculantes, obligatorias: afirmar que una norma jurídica vale, que existe como tal, significa afirmar que es obligatoria, que aquel a quien se refiere debe comportarse como la norma establece. Las normas no operan como informaciones acerca de la conducta que en ciertas circunstancias suele tener lugar, o probablemente tendrá lugar, sino que determinan la conducta que *debe* tener lugar en tales circunstancias. En la vida jurídica cotidiana, el carácter normativo del Derecho se manifiesta en multitud de enunciados en los que afirmamos que cierta conducta está prohibida o tal otra permitida, que alguien tiene derecho a tal cosa o que otro tiene la obligación de hacer tal otra, etc.

Entre las diversas formas de manifestarse la normatividad jurídica respecto de las personas a quienes afecta, la primordial consiste en que les impone deberes: que una norma prescribe una conducta significa que impone el deber de realizarla a aquel a quien la norma se aplica. En la teoría de Kelsen la noción de deber jurídico aparece estrechamente conectada con la de sanción coactiva. El enunciado de que alguien tiene el deber jurídico de hacer *x* significa que hay una norma que le prescribe hacer *x*, lo que a su vez quiere decir que esa norma establece que si realiza la conducta contraria a *x* debe serle impuesta una sanción. Debe resaltarse, sin embargo, que para Kelsen el carácter coactivo del Derecho no significa que las normas prescriban ciertas conductas bajo la amenaza de sanciones. Esta interpretación implicaría que «tener la obligación jurídica de hacer algo» significa que, de no hacerlo, uno será probablemente sancionado; y ello supone ignorar el carácter normativo del Derecho. Cuando se toma en cuenta este último, lo correcto es decir, en caso de incumplimiento de un deber, que *debe* aplicarse una sanción, no que ésta se aplicará más o menos probablemente.

En todo caso, Kelsen no ofrece una explicación satisfactoria del significado de los enunciados de deber. Niega que tener una obligación signifique lo mismo que estar sometido a un mandato respaldado por amenazas. Tener una obligación jurídica tampoco significa que se dé algún tipo de vinculación o compulsión psíquica; en todo caso, podría hablarse de una vinculación normativa. Pero a la hora de explicitar en qué puede consistir tal vinculación normativa, nuestro autor no dice más de lo que ya quedó resumido en el párrafo precedente. Esta deficiencia se debe, en mi opinión, a las restricciones a que se ve sometido su enfoque de la cuestión por mor de la «pureza» metodológica que se autoimpone. Un aspecto de esta retricción de la perspectiva se hace patente en el hecho de que Kelsen no toma en cuenta la forma como consi-

deran y usan las normas los actores primarios de la vida jurídica —ciudadanos y jueces, legisladores, abogados, etc.—, ni analiza, por tanto, las expresiones en que se manifiesta lingüísticamente dicho uso, sino que centra su atención exclusivamente en el científico que estudia las normas y en los enunciados mediante los que las describe.

Estos enunciados, en cuanto expresan un conocimiento científico, son descriptivos, verdaderos o falsos; pero en cuanto describen normas, para reproducir correctamente el sentido de las mismas han de ser enunciados deónticos, enunciados en los que se afirma lo que se debe hacer. La peculiaridad de estos enunciados, formalmente deónticos o normativos, pero funcionalmente descriptivos, ha desorientado a bastantes intérpretes. Sin embargo, creo que su sentido puede esclarecerse utilizando las categorías propuestas posteriormente por Hart y complementadas por Raz. Se trataría de enunciados similares a los enunciados «no comprometidos» de Raz: no son propiamente normativos como los enunciados «internos» de Hart, que formulan quienes aceptan y usan las normas en sus relaciones recíprocas; son enunciados formulados por quienes, sin aceptar las normas, se sitúan hipotéticamente en la perspectiva de quienes las aceptan para así informar de las mismas, aseverando qué conductas son obligatorias, qué sanción debe imponerse si se incumple una obligación, etc.

En todo caso, lo que interesa resaltar aquí es que en estos enunciados las relaciones humanas aparecen calificadas o interpretadas normativamente: de una secuencia de acciones se dice que es un «acto legislativo», se afirma que determinada conducta constituye una «obligación», etc. Ésta es una interpretación posible de las acciones, pero no la única posible. Situándonos en la perspectiva de la Sociología o la Psicología, dice Kelsen, podemos representarnos esas mismas acciones como un conjunto complejo de causas y efectos: verbigracia, de mandatos de unos que, en mayor o menor medida, motivan la obediencia de otros. Por eso, sigue diciendo nuestro autor, la interpretación normativa de las conductas necesita ser fundamentada. Tendremos el fundamento requerido si disponemos de un sistema de normas válidas. Ahora bien, no debemos olvidar que las normas jurídicas son normas positivas; para un positivista las normas surgen a partir de ciertos hechos y pueden reconocerse como válidas con independencia de su valor moral. Pero los hechos aludidos no pueden constituir por sí solos un fundamento suficiente para inferir la existencia de una norma en aplicación de la cual afirmamos, llegado el caso, que cierta persona tiene el deber de comportarse de determinada forma. Por tanto, se hace necesario encontrar un fundamento suficiente de la validez de las normas jurídicas y, derivadamente, de las consecuencias que de ellas se infieren para las personas a quienes se aplican.

Es bien conocida la insistencia con que Kelsen se planteó este problema de la fundamentación de la normatividad jurídica, y también la solución que propuso: una presunta norma puede considerarse válida, existente como tal norma, si los hechos a través de los que ha sido pro-

ducida están reconocidos en otra norma anterior como dotados de fuerza creadora de normas; el fundamento de la validez de una norma se encuentra, por tanto, en otra norma anterior. Ahora bien, la cadena de remisión de una norma a otra termina necesariamente en la última norma jurídica positiva, la Constitución, que también ha sido establecida a través de una secuencia de hechos. La coherencia argumentativa exige que la validez de la Constitución se fundamente en una norma conforme a la cual el proceso de hechos constituyentes pueda considerarse dotado de fuerza normativa. Tal norma ya no puede ser, por definición, una norma jurídica positiva. Podría ser una norma moral, verbigracia, una norma de Derecho natural. Pero un positivista no puede derivar la validez del orden jurídico positivo de una norma moral. Así pues, es preciso presuponer una norma, la norma fundamental cuya validez no se cuestiona, y gracias a la cual puede considerarse la Constitución, y todas las normas conformes con la misma, como un sistema de normas válidas, obligatorias.

Conforme a la restricción metodológica aludida más arriba, Kelsen piensa este proceso de fundamentación como un proceso cognoscitivo. No se pone en el lugar del jurista práctico o del ciudadano que se pregunta por el fundamento de la validez de las normas jurídicas, sino en el del estudioso del Derecho que busca la base necesaria para que tenga sentido su interpretación normativa de las acciones humanas. Por eso califica a la norma fundamental como «condición lógica transcendental» que hace posible tal interpretación, y niega que el hecho de suponerla implique algún tipo de justificación moral o política del Derecho positivo. Sea como fuere, para Kelsen el carácter normativo del Derecho se basa en la suposición de esta norma fundamental que en sus últimos escritos reconoce que es una norma ficticia, una ficción.

III

La doctrina de Kelsen ha sido objeto de numerosos comentarios y críticas. Una de estas críticas fue formulada por algunos autores que suelen agruparse bajo la denominación común de «realismo escandinavo». Nos interesa reparar en ella y, sobre todo, en la forma como estos autores entienden la normatividad del Derecho porque, aparte de ciertos matices característicos, representa una posición doctrinal compartida por bastantes teóricos positivistas. Según esta posición el modo como las normas vinculan a sus destinatarios no difiere en lo esencial del modo como un mandato respaldado por amenazas vincula a aquel a quien se dirige. Por esto los enunciados en que se afirma la existencia de deberes u obligaciones, correctamente interpretados, refieren una secuencia de hechos mediante la que se describe la sujeción de la persona a quien se aplica la norma jurídica. Como ejemplo de esta posición «realista» puede servirnos la doctrina de Ross.

En su crítica a Kelsen, Ross repara en las afirmaciones de éste según las cuales afirmar que una norma es válida significa afirmar que es obligatoria, es decir, que los destinatarios deben realizar la conducta que la norma prescribe. A juicio de Ross, esta noción de validez u obligatoriedad es una noción ideológica que cumple la función de respaldar el orden jurídico positivo, afirmando el deber moral de cumplir las obligaciones establecidas por el mismo. Por esto considera que Kelsen no puede ser tomado como un representante del positivismo estricto, pues en su teoría aún quedan rastros de la metafísica iusnaturalista. En mi opinión, carece de todo fundamento la afirmación crítica de que Kelsen suscribe la idea de un deber moral de obedecer las normas del Derecho positivo. Pero más que la crítica a Kelsen nos interesa la propia posición de Ross.

Para Ross, las nociones de «normatividad», «validez» u «obligatoriedad» como se venían entendiendo, al modo de Kelsen, no pueden ser sino nociones ideológicas. Quien sostenga que estos términos designan alguna propiedad objetiva de las normas, incurre en el idealismo propio de toda posición metafísica. Desde una perspectiva realista sólo expresan la errónea hipostatización de ciertos sentimientos que suelen experimentarse ante las normas del Derecho. ¿Qué decir entonces de aquellas expresiones tan usuales en las que se afirma que, en virtud de una norma jurídica, alguien tiene el deber de realizar cierta conducta? A juicio de Ross, sería deseable que la teoría del derecho pudiera prescindir de términos como el de «deber» pero, ya que esto no parece posible, es necesario defender una interpretación correcta de los enunciados de deber. En este punto nuestro autor se hace eco de una dilatada tradición doctrinal dentro del positivismo según la cual cuando se habla del deber que imponen las normas jurídicas, se hace referencia a la situación de sujeción en que se encuentra aquel a quien se aplican, sujeción determinada por el ejercicio regular de sanciones contra el que se aparta de la conducta prescrita. Que alguien tiene el deber jurídico de realizar *x* significa que probablemente realizará *x* y, si no es así, es probable que sufra la sanción *y*.

Ross no rechaza esta doctrina, pero la considera insuficiente. Entre otras razones porque no permite distinguir una sanción, por ejemplo una multa, reacción ligada al incumplimiento de un deber, de otras consecuencias jurídicas, como el pago de una tasa, no ligadas al incumplimiento de deberes. Para ello es preciso un nuevo elemento: el sentimiento social de desaprobación que acompaña a la conducta que se aparta de lo prescrito. Contando con este elemento de naturaleza psíquico-social, el enunciado de que alguien tiene el deber jurídico de realizar *x* significa que existe un sentimiento social que aprueba la realización de *x* y desaprueba su no realización, de forma que, de darse ésta, probablemente tendrá lugar una sanción.

Si se mantiene esta doctrina sobre la vinculatoriedad del Derecho, es decir, si se considera que los enunciados jurídicos de deber, correctamen-

te interpretados, son enunciados que describen la probable ocurrencia de ciertos hechos en caso de que tenga lugar cierta conducta del sujeto del deber, entonces el esfuerzo de Kelsen por encontrar el fundamento de la normatividad jurídica, que culmina en la suposición de la norma fundamental, no sólo es erróneo sino, sobre todo, innecesario. Pues, conforme a la doctrina que he resumido, el sujeto de un deber jurídico se encuentra en la situación de elegir si le interesa más seguir la conducta prescrita o aceptar el riesgo de una sanción. Ahora bien, para dar cuenta de una situación como ésta no es necesario encontrar una «norma» que sirva como «razón» para fundamentar la exigencia de un comportamiento que puede contrariar nuestros intereses; basta con indicar las condiciones empíricas que hacen posible en una sociedad exigir la realización regular de ciertas conductas bajo la amenaza de castigos.

IV

Ross, al igual que los demás teóricos integrados en el realismo escandinavo, defendió su doctrina sobre la obligatoriedad del Derecho como la única compatible con una filosofía no metafísica. Hart rechazó esta pretensión de Ross: a su juicio la doctrina de los realistas no capta el verdadero sentido de la obligatoriedad jurídica, y es posible elaborar una interpretación más correcta de la misma sin incurrir en presuposiciones metafísicas. La teoría de Hart puede tomarse como la posición más elaborada de los últimos decenios sobre el tema que nos ocupa, y la discusión sobre las deficiencias que algunos observan en ella determina las elaboraciones doctrinales de los últimos años.

A juicio de Hart, el fallo de la doctrina realista obedece al prejuicio de que los únicos enunciados con sentido mediante los que es posible dar cuenta del modo como obligan las normas jurídicas han de ser enunciados *descriptivos* de hechos empíricamente observables. Frente a esta posición, nuestro autor sostiene que el verdadero significado de la obligación jurídica se manifiesta en los enunciados *normativos* que formulan quienes aceptan y usan las normas en sus relaciones cotidianas, enunciados éstos que tienen un sentido propio y en los que nada hay de metafísico.

Por supuesto, es posible observar desde fuera el desenvolvimiento cotidiano de las relaciones sociales en un grupo en el que existen normas que imponen deberes, y dar cuenta del resultado de la observación mediante enunciados relativos a hechos. Quien se coloque en esta perspectiva («externa») podrá finalmente formular enunciados de un tenor parecido al siguiente: en tal sociedad cuando se dan tales circunstancias, los ciudadanos realizan regularmente la conducta *x* y los que se apartan de este comportamiento regular suelen ser castigados de la forma *y*. Ésta es la forma apropiada de explicar los enunciados de obligación por parte de quien adopta ese punto de vista. Y es también la for-

ma como perciben los deberes u obligaciones aquellos que, dentro del grupo, rechazan las normas pero han de contar con el dato de que existen y funcionan. Para ellos, que alguien «tiene la obligación de hacer *x*» significa que «tiene que hacer *x*, si quiere evitar el riesgo de sufrir *y*», es decir, que «o hace *x*, o probablemente será castigado con *y*».

Ahora bien, continua Hart, ésta no es la única perspectiva posible para comprender las normas que imponen deberes. Más aún, no es la perspectiva adecuada, como pone de manifiesto el hecho de que en los enunciados que característicamente se formulan desde ella no tienen por qué figurar términos como «deber» y «obligación». La perspectiva adecuada para comprender lo que originariamente significa tener un deber es la de quienes, dentro del grupo, aceptan conscientemente las normas y las usan día a día en sus relaciones con los demás como guías para la conducta propia y ajena, como puntos de referencia para formularse exigencias, valorar las conductas respectivas y justificar las presiones para que sean cumplidas las normas y las reacciones adversas contra quienes las incumplen. Para ellos, que alguien tiene una obligación significa que esa persona se encuentra en una situación en la que le es aplicable una norma, lo que se traduce en que otro u otros pueden exigirle la realización de cierta conducta aunque contraríe sus deseos o intereses, de forma que la no realización de la misma representaría una razón que justifica la imposición de las sanciones pertinentes.

Hart reconoce acertadamente que en una sociedad compleja conviven las dos actitudes ante las normas que acaban de ser descritas. Por un lado, está la de quienes las aceptan conscientemente y las usan como tales en sus relaciones con los demás; para éstos, tener un deber posee el significado que acabamos de reseñar. Por otro, está la de quienes no aceptan las normas como tales pero se adaptan a ellas tomándolas como formas de ejercicio organizado de presiones en pro de ciertos comportamientos; para ellos «tener un deber» sólo puede significar, como vimos, que o se realiza la conducta requerida o probablemente habrá que sufrir un daño. Ahora bien, aunque sea cierto que ambas actitudes conviven e, incluso, que una misma persona puede adoptar una u otra según las ocasiones, también es cierto que la segunda es parasitaria de la primera; es decir, la segunda sólo puede mantenerse en una sociedad en la que un grupo decisivo de la población acepta y usa las normas día a día en la forma antes descrita. Por tanto, aunque se sea consciente de la existencia de ambos significados, el significado originario de los enunciados de deber expresivos del carácter obligatorio de las normas jurídicas es el que se manifiesta en la actitud y el lenguaje de quienes aceptan y usan las normas.

La explicación que ofrece Hart acerca del carácter obligatorio de las normas jurídicas, de lo que significa afirmar que alguien tiene la obligación de realizar cierta conducta, me parece en líneas generales aceptable, sin perjuicio de que pudiera completarse con ciertas matizaciones. En todo caso se trata de una explicación más satisfactoria que

la de Kelsen, lo que sin duda se debe, aparte de otras razones, a que no se coloca exclusivamente en la perspectiva del estudioso del Derecho como hacía éste, sino que adopta principalmente la de los actores directamente implicados en la práctica jurídico-social.

Sin embargo, Hart no tuvo una conciencia tan clara como Kelsen del problema de la fundamentación, de la necesidad de fundamentar los enunciados de deber y, sobre todo, de que las normas del Derecho positivo no pueden constituir el punto de referencia último del proceso de fundamentación.

Un enunciado de deber tal como lo caracteriza Hart, como expresión de una exigencia de conducta que prevalece por encima de los deseos e intereses del afectado, requiere de un proceso de justificación que ha de partir de una razón suficiente. Para nuestro autor esta razón se encuentra en las normas impositivas de deberes vigentes en el grupo social de que se trate. La existencia de las normas descansa, a su vez, en el hecho constatable de una práctica social compleja que incluye la *aceptación* de las mismas. Esto quiere decir que no basta con que los miembros del grupo se comporten de un modo regular, sino que es necesario, además, que una parte decisiva de ellos mantenga una actitud determinada respecto de ese comportamiento regular. Esta actitud, que caracteriza la aceptación, *no consiste en* la presencia de ningún tipo de sentimiento, como pensaba Ross, aunque suele *ir acompañada de* ciertos sentimientos característicos, sino en la adopción reflexiva de ese comportamiento como pauta para las conductas recíprocas, de manera que, si alguna conducta es impugnada, se está dispuesto a justificarla invocando que se obedece la norma. De todos modos, la aceptación, tal como Hart la entiende, es también un hecho más que forma parte de la práctica social compleja en que descansa la existencia de las normas. Sin embargo, nuestro autor no creyó necesario apelar a ninguna otra norma o razón justificativa de esa práctica social compleja: constatada la existencia de una norma como cuestión de hecho, se posee el fundamento necesario para inferir los correspondientes deberes u obligaciones.

Este esquema general resulta aplicable también al Derecho. Cuando se trata del Derecho, la norma que ha de ser aceptada por una parte decisiva de la sociedad, al menos por los «funcionarios» del sistema, es la *regla de reconocimiento*, la última norma jurídica positiva, que, en parte, puede asimilarse a la que Kelsen llamaba la primera Constitución histórica positiva. Dada la naturaleza de esta norma, que establece los criterios a que debemos atenernos para reconocer como válidas las restantes normas jurídicas, su aceptación implica aceptar también como obligatorias todas aquellas normas que resulten ser válidas. De esta forma, los enunciados de obligación se fundamentan inmediatamente en alguna norma válida y mediatamente en la norma de reconocimiento que descansa en una práctica social compleja que incluye su aceptación. Comprobada empíricamente tal práctica social, Hart considera innecesario apelar a ninguna norma superior, por lo que consi-

dera que la norma fundamental de que habla Kelsen es una duplicación innecesaria. Tampoco cree preciso que la regla de reconocimiento sea aceptada por ninguna razón determinada: puede serlo por diversas razones, y en particular no es preciso que se la acepte por ninguna razón moral.

En un momento posterior, ya en 1982, Hart volvió sobre este asunto y, aunque en lo esencial mantuvo inalterada su posición, la reformuló en términos nuevos dando entrada a la noción de «razones para la acción». Este cambio, aparte de otros posibles motivos, fue debido a las contribuciones de diversos autores que pusieron en entredicho su pensamiento anterior, autores entre los que ocupa un lugar determinante Raz. Las ideas de Raz sobre la cuestión de la obligatoriedad jurídica obedecen, por un lado, a la recuperación del tema de las razones para actuar en el ámbito de la filosofía práctica llevada a cabo por diversos autores, entre ellos el propio Raz, a partir de la década de los setenta y, por otro lado, a su intento de conciliar las doctrinas de Kelsen y Hart. Prescindiendo de algunas vacilaciones que se observan consultando varios de sus trabajos, tales ideas pueden sintetizarse como sigue: los enunciados en los que se afirma que una persona tiene la obligación de realizar una conducta, equivalen lógicamente a enunciados en los que se afirma que existe una razón para que la persona en cuestión lleve a cabo dicha conducta. Las razones que cabe invocar pueden ser diversas según las circunstancias. Ahora bien, cuando se trata de un enunciado normativo relativo a las obligaciones de otro, como por ejemplo el de un juez que determina que un ciudadano tiene el deber jurídico de comportarse de cierta forma, la razón implicada no puede ser una razón meramente prudencial o referirse a los intereses propios del juez, pues se trata del deber, que se atribuye a alguien distinto de quien lo afirma, de actuar de forma que puede contradecir sus deseos e intereses particulares. Ha de tratarse de una razón objetiva, de una razón de tipo moral. Por tanto, los enunciados normativos de deber, como los que formula un juez, representan exigencias morales, han de fundamentarse en una razón moral; quien los formula tiene que sustentar la creencia de que, en último término, existe una razón moral que los fundamenta.

Hart rechazó esta doctrina que obedece, a su juicio, a un indebido análisis cognitivista de los enunciados normativos de deber, que requiere la existencia de una razón objetiva como fundamento de los mismos. De ser cierta, no sería posible mantener la diferencia entre obligaciones jurídicas y obligaciones morales, y habríamos de abandonar la separación conceptual entre Derecho y Moral característica del positivismo. En defensa de estos postulados básicos de la teoría positivista, Hart reformuló su doctrina anterior dando entrada a la noción de «razón jurídica autoritativa». Si tomamos como ejemplo de enunciados en los que se manifiesta el carácter obligatorio del Derecho aquellos que formula un juez cuando impone a un ciudadano el deber de realizar cierta conducta, podemos decir que el juez, al invocar una norma jurídica válida,

se apoya en un razón para actuar que es una razón «perentoria e independiente del contenido». Que la norma funcione como una razón «perentoria» significa que fundamenta la acción del juez excluyendo toda deliberación acerca de cualesquiera otras posibles razones en pro o en contra. Que funciona como una razón «independiente del contenido» quiere decir, a su vez, que justifica la conducta judicial por ser aplicación de la norma con independencia de cualquier juicio sobre la naturaleza de dicha conducta. Las normas jurídicas representan para los jueces razones para actuar del tipo indicado, porque los jueces aceptan colectivamente la regla de reconocimiento. Esta aceptación, junto con la obediencia generalizada por parte de los ciudadanos, constituye el punto de partida necesario y suficiente. A partir de tal aceptación compartida, que sustenta la vigencia de determinados criterios de validez o «fuentes del derecho», es decir, de la regla de reconocimiento, las normas que se ajusten a dichos criterios constituyen razones perentorias para la atribución de derechos y la imposición de obligaciones, con independencia del tenor concreto de dichas obligaciones y derechos. Es cierto que cabe preguntar por las razones por las que los jueces aceptan la regla de reconocimiento y sería raro que un juez no pudiese alegar algunas. Pero estas razones, sostiene Hart, pueden ser de diversos tipos. Nada hay en la práctica del derecho que requiera que los jueces acepten la regla de reconocimiento porque consideren que hay una razón moral para hacerlo; insistir en lo contrario no parece aceptable ni como ilustración del modo como se desarrolla empíricamente la práctica judicial, ni como exigencia conceptual determinada por el significado de los enunciados en los que se afirma la existencia de deberes jurídicos.

V

La doctrina de Hart que he resumido en el apartado precedente, y que su autor no modificó de forma significativa después de 1982, difiere claramente de la de Kelsen. Sin embargo, ambas coinciden en un punto que los dos autores consideran crucial para una concepción positivista: a saber, que el carácter obligatorio del Derecho encuentra su fundamento en el propio orden jurídico sin necesidad de apoyarse en el orden moral. Después de la fecha indicada, el tema ha sido ampliamente discutido. Buena parte de las contribuciones más relevantes representan una crítica, al menos parcial, de la doctrina de Hart. Entre esas contribuciones hay que contar la de Raz, que volvió a tratar del asunto después de 1982. Asimismo, es de estricta justicia mencionar aquí, dada su importancia, las aportaciones de dos filósofos del Derecho de nuestro ámbito lingüístico: el argentino C. S. Nino y el español J. C. Bayón. Para poner de relieve en las páginas que siguen algunos aspectos relevantes de la cuestión que se vienen discutiendo en los últimos años, tendré en cuenta fundamentalmente la obra de este último.

En términos generales, parece aceptable la afirmación de Hart según la cual en una sociedad compleja el carácter obligatorio del Derecho se experimenta y se expresa en formas distintas. *Por un lado*, están quienes aceptan y usan las normas como tales normas; para éstos, afirmar que alguien tiene una obligación jurídica significa afirmar que, en aplicación de una norma válida, se le puede exigir la realización de determinada conducta aunque contraríe sus propios deseos o intereses, de tal manera que la no realización de la misma se considera como una razón que justifica que se le haga objeto de ciertas sanciones. Éste es el significado con que se emplea «deber» u «obligación» en los enunciados normativos propios de la práctica jurídica cotidiana. Éste es también el significado de dichas nociones en los enunciados descriptivos que formulan quienes, sin comprometer su aceptación personal de las normas, se sitúan hipotéticamente en el punto de vista de los que las aceptan para dar cuenta del contenido del orden jurídico. *Por otro lado*, están quienes rechazan las normas, pero cuentan con ellas como un dato del entorno social que les afecta; éstos transforman los enunciados normativos formulados en términos de «deberes» u «obligaciones» en enunciados propios de un discurso prudencial en términos de intereses: «Tienes que hacer *x*, si quieres evitar *y*», o bien, «o haces *x*, o probablemente sufrirás *y*». Hart señalaba la conexión entre estos enunciados y los enunciados descriptivos, formulados desde un estricto punto de vista externo, que dan cuenta de las normas que imponen deberes en la forma de regularidades de conducta y de reacciones hostiles también regulares frente a las conductas divergentes.

En una sociedad mínimamente compleja coexisten ambas formas de percibir y expresar el carácter obligatorio de las normas jurídicas. Puede discutirse como una cuestión empírica qué peso cuantitativo cabe atribuir a una y a otra: cuántos pueden ser los que representen un punto de vista y cuántos el otro para que subsista el orden social. Pero, al margen de esta cuestión, parece claro que el significado propio u originario de la noción de «deber» se manifiesta en los enunciados peculiares del punto de vista de quienes aceptan las normas, pues el punto de vista de quienes las rechazan presupone el de quienes las aceptan, y los enunciados en que característicamente se expresa no necesitan recurrir a términos como «deber» y «obligación».

Según lo que antecede debemos centrar nuestra atención en los enunciados normativos de deber que formulan quienes aceptan y usan las normas si queremos detectar e intentar resolver el problema que supone la necesidad de fundamentarlos. A propósito de este aspecto de la cuestión, son bastantes los autores que coinciden en señalar la necesidad de rectificar la doctrina de Hart. En términos generales, su discurso puede esquematizarse como sigue. Un enunciado normativo en el que se afirma que una persona tiene el deber de realizar cierta conducta implica que se puede invocar una razón para que dicha persona realice la conducta debida; los enunciados o juicios de deber son, por tan-

to, la conclusión de un razonamiento práctico justificatorio. ¿Qué clase de razón puede servir de premisa de este razonamiento? Como quedó dicho más arriba, imputar un deber a alguien significa que podemos formularle la exigencia, intersubjetivamente justificada, de que realice cierta conducta aunque contraríe sus deseos o intereses. Si esto es así, la razón que podemos invocar como fundamento no puede consistir en ningún deseo o preferencia subjetiva, ni puede ser tampoco una razón prudencial que apele a intereses particulares. Ha de ser una razón que prime sobre los deseos o intereses de cualquiera, lo que quiere decir que ha de ser una razón moral.

Al llegar a este punto se podría argüir que no es necesario remontarse hasta el plano de la moral, puesto que la razón que buscamos la suministra la misma norma jurídica que se aplica cuando se imputa a alguien un deber jurídico. No cabe duda de que en el plano de la práctica jurídica el fundamento inmediato de un enunciado de deber se encuentra en una norma jurídica válida. El problema radica en si ésta puede ser también el fundamento último o, dicho de otra manera, en si una norma jurídica puede ser la premisa inicial, el punto de partida, de un razonamiento que concluye en la imputación de un deber. Nino ha probado claramente que no. Si tomamos la norma jurídica como premisa de nuestro razonamiento porque la aceptamos en virtud de su contenido, entonces se confunde con una norma moral. Manteniendo la separación entre Derecho y Moral, las normas jurídicas funcionan como tales cuando las identificamos, no por conformidad con su contenido, sino por el proceso de hecho a través del cual se han impuesto como normas válidas. Si esto es así, hay que preguntarse cómo es posible que la constatación de que se han dado ciertos hechos pueda servir de base para inferir la existencia de una norma de la que derivamos deberes. A esta pregunta se puede responder que los hechos aludidos no son meros hechos, sino hechos cualificados, «fuentes de derecho». Ahora bien, hay que reconocer que esa cualificación de ciertos hechos como «fuente de derecho» tiene que basarse en una norma anterior. Se produce así la remisión de una norma a otra, que termina en la última norma positiva, llámese Constitución o regla de reconocimiento, que establece el sistema de «fuentes de derecho» originarias vigente en una sociedad. Sin duda la Constitución habrá surgido también de ciertos hechos y se mantendrá vigente gracias a otros. Si buscamos una fundamentación jurídica del carácter normativo, obligatorio, de la Constitución, habríamos de encontrar una norma jurídica anterior que nos permitiera calificar como hechos normativos, como «fuente de derecho», a los hechos gracias a los cuales existe y se mantiene la Constitución; pero esa norma jurídica no existe, por definición, como norma positiva. Por consiguiente, si queremos cerrar el proceso de fundamentación apelando a una norma jurídica, ésta ya no puede ser una norma positiva, sino una norma meramente supuesta como la ficticia norma fundamental kelseniana. Hart, como vimos, no aceptó esta solución de Kel-

sen; consideró que basta con apelar a la práctica social efectiva que sustenta la vigencia de la regla de reconocimiento, es decir, que es suficiente con la aceptación compartida de los jueces de un conjunto de criterios de validez o «fuentes del derecho». Pero Hart no puede explicar cómo es posible pasar lógicamente de cierta práctica social efectiva a una norma obligatoria sin partir de un juicio normativo previo. Por tanto, si queremos evitar la falta en que incurre el pensamiento de Hart, es decir, si queremos culminar el proceso de fundamentación en una norma, y consideramos que esta norma no puede ser una simple ficción, dicha norma ya no puede ser una norma jurídica sino una norma moral, no puede tratarse de una razón o norma dentro del Derecho, sino de una razón o norma moral relativa al Derecho.

Si lo que antecede es correcto, es preciso constatar que en este punto se produce una conexión entre Derecho y Moral, entre orden jurídico y orden moral. Pero conviene deslindar el alcance de la conexión afirmada. Desde luego no se trata de una cuestión de hecho: si tomamos como ejemplo la actuación de un juez que, en aplicación de una norma jurídica válida, determina que alguien tiene la obligación de realizar cierta conducta, lo que se afirma no es que, de hecho, el juez parta en su razonamiento de una norma moral según la cual debe aplicar las normas jurídicas válidas e imponer los deberes correspondientes, ni siquiera que el juez sea consciente de que su razonamiento tiene que partir de una razón moral. Como cuestión de hecho, lo más probable es que los jueces aleguen diversas razones, según los casos, para justificar su actividad. Muchos de ellos no tienen quizás una percepción clara del tipo de razonamiento que puede fundamentar sus decisiones, o creen que la constatación de la validez de una o varias normas jurídicas aplicables al caso constituye razón suficiente para justificarlas. Lo que se afirma al hablar de una conexión entre el orden jurídico y el orden moral se refiere al plano de la lógica del razonamiento práctico: se dice que el razonamiento que puede fundamentar la decisión de imponer un deber apoyándose en una norma jurídica, si es un razonamiento completo y correcto, ha de partir de una premisa moral, de un juicio o norma moral que al fundamentar el carácter normativo de la Constitución, justifica la inferencia de que las normas jurídicas válidas deben ser obedecidas y aplicadas.

¿Podría un juez seguir actuando como tal, es decir, dictar decisiones que imponen deberes a los demás y para cuyo cumplimiento se puede recurrir a la fuerza y, al mismo tiempo, reconocer que no acepta razón moral alguna para obedecer el Derecho, que a su juicio no existe tal razón moral? Habría que distinguir. Si ese reconocimiento es sólo interno o privado, pero su actuación pública sigue ostentando la pretensión de estar justificada, el juez se comportaría de forma cínica pero no contradictoria. Lo que sería incoherente, pragmáticamente contradictorio, es que actuase como la autoridad que es, lo que implica que su actuación puede justificarse y, al propio tiempo, reconociese abierta o pública-

mente que lo que hace carece de justificación, que es a lo que equivale negar que haya razón moral alguna para obedecer el Derecho. En la actividad cotidiana de los jueces cuyas decisiones pretenden obediencia voluntaria y no sólo imposición por la fuerza como, en general, en la actividad de cualquier actor jurídico que usa las normas como base para reclamar derechos, exigir el cumplimiento de obligaciones, etc., se actualiza la pretensión de legitimidad implícita en todo orden jurídico. Esta pretensión, como se ha dicho, supone en último término que hay una razón moral para obedecer el Derecho, con independencia de que las normas concretas que lo integran concuerden o no por su contenido con nuestras propias convicciones morales. Si desapareciese tal pretensión de legitimidad, lo que significaría que de forma general tanto los ciudadanos como las pretendidas autoridades reconocen abiertamente que no existe razón moral alguna para obedecerlo, no tendría sentido seguir hablando de un orden jurídico tal como usualmente se utiliza el término en el lenguaje cotidiano y habría que admitir que nos encontraríamos ante un mero orden de fuerza.

Se ha discutido, y se sigue discutiendo, si tiene un fundamento racional la pretensión de justificación implícita en todo orden jurídico. Se trata de la conocida discusión acerca de si pueden encontrarse razones suficientes para afirmar la existencia de una obligación moral de obedecer las normas del Derecho. Tal obligación puede ser sólo una obligación *prima facie*, esto es, una obligación que prevalece en la mayoría de los casos, aunque en algunos ceda ante una obligación de más peso. Una obligación moral de este tipo podría ser la que concierne a los ciudadanos que en la generalidad de las ocasiones deben obedecer el derecho, si bien en algunas, ante exigencias morales más fuertes (objeción de conciencia, desobediencia civil), pueden desobedecerlo. En el caso de los jueces habría que reconocer una obligación más fuerte ya que, por su especial posición, el juez debe aplicar siempre las normas jurídicas válidas. Como he dicho, la cuestión se sigue discutiendo: algunos autores sostienen que hay argumentos convincentes para apoyar la existencia de una obligación moral de obedecer el Derecho, mientras que otros lo niegan. No me corresponde entrar en esta polémica. Únicamente quiero señalar que la posición que niega la existencia de una obligación moral de obediencia al Derecho parece implicar la consecuencia contraintuitiva de que no hay fundamento racional para la actitud del juez que se considera obligado a aplicar las normas jurídicas, ni para la del ciudadano que, salvo en casos excepcionales, se considera también obligado por ellas. Una posición que afirme la existencia de aquella obligación moral evitaría tal consecuencia, pero implica una concepción «no positivista» del Derecho, puesto que reconoce su conexión con el orden moral. Tal vez, como ha observado Nino, esta concepción no positivista es la que se corresponde con la actitud de quienes participan en la vida jurídica cotidiana, aunque desde el punto de vista del no participante, del observador externo que pretende dar

cuenta del Derecho como práctica social de otros, pueda mantenerse una concepción «positivista» que entiende el Derecho como algo separado de la Moral.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV. (1990), *Obligatoriedad y Derecho*, Universidad de Oviedo, Oviedo.

Bayón Mohino, J. C. (1991), *La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Drath, M. (1963), *Grund und Grenzen der Verbindlichkeit des Rechts*, Mohr, Tübingen.

Hart, H. (1958), «Legal and Moral Obligation», en A. I. Melden (ed.), *Essays in Moral Philosophy*, University of Washington Press, 82-107.

Hart, H. (1961), *The Concept of Law*, Clarendon, Oxford.

Hart, H. (1982), *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, Clarendon, Oxford, 127-167 y 243-268.

Kelsen, H. (^{2}1960), *Reine Rechtslehre*, Deuticke, Wien.

Kelsen, H. (1979), *Allgemeine Theorie der Normen*, Manz, Wien.

Legaz Lacambra, L. (1953), «La obligatoriedad del Derecho»: *Anuario de Filosofía del Derecho I*, 5-89.

Nino, C. S. (1985), *La validez del Derecho*, Astrea, Buenos Aires.

Páramo Argüelles, J. R. de (1990), «Interner Standpunkt und Normativität des Rechts», en E. Garzón Valdés (ed.), *Spanische Studien zur Rechtstheorie und Rechtsphilosophie*, Duncker & Humblot, Berlin, 99-113.

Postema, G. (1987), «The Normativity of Law», en R. Gavison (ed.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy. The Influence of H. L. A. Hart*, Clarendon, Oxford, 81-104.

Raz, J. (1975), *Practical Reason and Norms*, Hutchison, London.

Raz, J. (1979), *The Authority of Law*, Clarendon, Oxford.

Raz, J. (1984), «Hart on Moral Rights and Legal Duties»: *Oxford Journal of Legal Studies 4*, 123-131.

Rodríguez Paniagua, J. M. (1969), «El deber jurídico y la obligación de obediencia al Derecho»: *Anuario de Filosofía del Derecho XIV*, 67-82.

Ross, A. (1958), *On Law and Justice*, Stevens & Son, London.

Ross, A. (1968), *Directives and Norms*, Routledge & Kegan Paul, London.

Ross, A. (1969), «El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el Derecho natural» (1961), en Id., *El concepto de validez y otros ensayos*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 9-32.

Schreiber, H. L. (1966), *Der Begriff der Rechtsplifcht (Quellenstudien zu seiner Geschichte)*, W. de Gruyter, Berlin.

PODER Y DERECHO

Francisco J. Laporta

Suele considerarse que entre *poder* y *derecho* se dan relaciones muy estrechas. Parece fuera de toda discusión que quien crea y pone en vigor las normas del *derecho*, está ejerciendo un cierto *poder*. Pero también se tiene por cosa sabida que aquellos que tienen *poder* son los que determinan cuál ha de ser el contenido del *derecho*. Lo que no acaba de estar tan claro es si la noción de «poder» que se usa para establecer la primera relación es equivalente a la que se usa para establecer la segunda. Y tampoco, por cierto, si la primera relación es de la misma naturaleza que la segunda. A primera vista, podría afirmarse que la primera relación es de naturaleza conceptual y en ella se hace uso de una noción especial de poder. La segunda relación, en cambio, parece tener una naturaleza empírica y para establecerla se recurre a una noción amplia o general de poder. Tratemos, pues, de aclarar éstos y otros extremos de ese parentesco presunto, que parece a primera vista tan estrecho pero que ha de ser, en todo caso, deslindado claramente.

Asumiré que todos tenemos una concepción razonablemente precisa de lo que el *derecho* es y pasaré a revisar brevemente la clásica tríada de conceptos que suelen pulular alrededor de las discusiones sobre la naturaleza del poder. Ya hace años fueron objeto de un análisis conceptual muy conocido (Laswell y Kaplan, 1950) y que ha sido utilizado con frecuencia como punto de partida, también por estudiosos españoles. Estos conceptos son: poder, influencia y autoridad. Aunque se ha discutido si se trata de conceptos intercambiables, nosotros asumiremos que no lo son (Zimmerling, 1993), y que todos ellos pueden ser aplicables al fenómeno jurídico. Mediante las normas del derecho se *influye*, se *ejerce poder*, se *pretende autoridad*. Las tres cosas tienen que ver con la modificación de las conductas de los destinatarios mediante esas normas jurídicas, pero cada una de ellas opera esa modificación de un modo peculiar. Si aceptamos que la influencia modifica las conductas de los destinata-

rios «sea utilizando un ascendiente de origen afectivo, social o de otra especie del influyente sobre el influenciado, sea mostrándole explícita o implícitamente los obstáculos, inconvenientes, dificultades o incomodidades [...] que derivarían por acción o por omisión de una acción contraria [...]» (García Pelayo, 1991, 1859-1860), es preciso reconocer que el derecho no pretende, como tarea central, la de *influir* en este sentido. El derecho no se dicta para exhibir ningún ascendiente de este tipo sobre sus destinatarios, ni para *mostrar* las consecuencias negativas de las acciones de los mismos. Las normas jurídicas pretenden *imponerse* sobre los destinatarios y *desencadenar* esas consecuencias negativas. De modo que si el derecho produce algo parecido a la influencia en este sentido, lo hace como un efecto secundario y derivado de su función principal. En cuanto a la *autoridad*, se afirma que es algo que se da «cuando se sigue a otro o el criterio de otro por el crédito que éste ofrece en virtud de poseer en grado eminente y demostrado cualidades excepcionales de orden espiritual, moral o intelectual» (García Pelayo, 1991, 1892). Efectivamente, la relación de autoridad transmite de un modo especialmente fuerte la idea de que el destinatario *reconoce* en alguien ciertas cualidades en virtud de las cuales acepta como razones para sus propias acciones las directrices emanadas de esa persona o institución, y adecua su conducta a ellas *porque* emanan de ella, al margen del contenido de esas directrices (Bayón, 1991). Naturalmente, nadie puede pretender que en el derecho se dé necesariamente una relación de esta naturaleza. El derecho positivo de cualquier comunidad está vigente en ella al margen de que a sus operadores jurídicos o a sus órganos institucionales les sea reconocida la *autoridad* en ese preciso sentido. Y la prueba de ello es que en una sociedad democrática las decisiones jurídicas suelen ser cotidianamente discutidas y criticadas, lo que es incompatible con la noción de autoridad en el sentido mencionado. Por todo ello parece convincente centrar nuestras reflexiones en la noción de *poder*. Aunque la norma jurídica no consiga proyectar *influencia* alguna y no se le reconozca ninguna cualidad propia de la *autoridad*, puede estar vigente como norma en una sociedad, y si lo está, dicha norma jurídica es una expresión y un vehículo de *poder*.

Una vía muy frecuente para iniciar esas reflexiones consiste en tratar de establecer diferencias entre «formas» de *poder*, distinguiendo, por ejemplo, entre poder económico, poder religioso, poder de opinión, etc... (cf. el clásico trabajo de Russell, 1938). El derecho, o el poder *jurídico*, no sería en este caso sino una más de las formas de poder. Sin negar las virtudes aclaratorias de este enfoque, parece, sin embargo, que no acaba de iluminar la visión común de las relaciones entre poder y derecho, pues tiende a ignorar esa presunta relación fuerte que antes mencionabamos entre quien tiene *poder*, en cualquier sentido, y la configuración de las normas del *derecho*. Es decir, da cuenta del fenómeno del poder jurídico *ya existente*, sin interrogarse por el otro tramo del doble itinerario que es necesario analizar: el que va del fenómeno empírico del

poder a la creación de la norma de derecho, y se ve forzado a ocuparse tan sólo del tramo que va del derecho vigente al destinatario de la norma. Ambos aspectos del problema, sin embargo, merecen una reflexión cuidadosa. Para desarrollar esa reflexión procederemos a contemplar algunos rasgos de las dos caras del tema: en primer lugar, la presunta relación global entre poder y derecho; y en segundo lugar, la naturaleza de ese vínculo peculiar de poder que se establece entre la norma jurídica y el comportamiento de los destinatarios de esa norma.

I

El tipo de análisis más utilizado de la noción de poder es el que se sitúa en las coordenadas de la propuesta de Max Weber: «*Poder* significa la probabilidad ["Chance"] de imponer la propia voluntad, dentro de una relación social, aun contra toda resistencia y cualquiera que sea el fundamento de esa probabilidad» (Weber, 1964, 43). Ésta es la tradición que parece estar presente en la obra citada de Laswell y Kaplan y que recoge también, en la literatura española y latinoamericana, García Pelayo al afirmar: «Por el poder se entiende la posibilidad directa o indirecta de determinar la conducta de los demás sin consideración a su voluntad o, dicho de otro modo, la posibilidad de sustituir la voluntad ajena por la propia en la determinación de la conducta de otro o de otros, mediante la aplicación potencial o actual de cualquier medio coactivo o de un recurso psíquico inhibitorio de la resistencia...» (García Pelayo, 1991, 1859). En el marco de esa tradición conceptual, una definición que se ha consolidado con gran fuerza, y que ha sido objeto de múltiples matizaciones y discusiones, es la de Robert Dahl: «A tiene poder sobre B en la medida en que puede conseguir que B haga algo que B no haría de otro modo» (Dahl, 1957, 202-203). Este tipo de definiciones han sido criticadas tanto por ser poco refinadas, dado que no aciertan, por ejemplo, a distinguir entre «poder» e «influencia» (Mokken y Stokman, 1976; Zimmerling, 1993), como por ser demasiado restringidas. De momento, me voy a ocupar sólo de este segundo tipo de críticas: Por ejemplo, y en relación al poder político, se ha llamado la atención sobre el hecho de que el poder no se ejerce tan sólo tomando «decisiones» que afecten a las «acciones» de los otros, porque el poder tiene «otra cara»: aquella que consiste en obrar de tal modo que ciertos temas «se omitan», es decir, *no aparezcan* en el proceso de toma de decisiones (Bachrach y Baratz, 1962). Esta crítica pone de manifiesto algo evidente, pero relativamente fácil de asimilar por la posición criticada: el poder no sólo determina las «acciones» de los otros, sino también sus «omisiones». Si A puede conseguir que B «omita» algo que no omitiría de otro modo, entonces esa otra cara del poder que consiste en la capacidad de prevenir que se aireen, salgan a la palestra o se sometan a discusión ciertos asuntos, en definitiva que se produzcan ciertas conductas,

también puede ser incorporada a definiciones del tipo de la de Dahl. Una segunda crítica a este modelo de razonamiento ha sido desarrollada en una obra que ha tenido amplia difusión (Lukes, 1985). Según ella, una tercera «dimensión» del poder sería aquella que consiste en actuar de forma que se consiga que la gente no persiga lo que Lukes llama sus «intereses reales». Como ha sido puesto de manifiesto (Barry, 1989), esta aseveración es extremadamente oscura. Si alguien no muestra un interés explícito o implícito por algo es difícil pensar que ese algo forme parte de su interés «real». La noción de «intereses reales» como algo objetivo que está más allá de la percepción de los supuestos interesados es extraordinariamente problemática, tanto en el terreno de la teoría como, todavía más, en el terreno de la aplicación práctica, y creo preferible dejarla de lado.

Continuaremos, por ello, en esa misma tradición pero con una definición mejorada de poder: si alguien puede conseguir que otro haga u omita algo que de otro modo no haría o no omitiría, ese alguien tiene poder. En el trabajo antes mencionado, Dahl distingue entre la *base del poder*, que «consiste en todos los recursos, oportunidades, actos, objetos, etc. [...] que el actor puede explotar con el fin de afectar la conducta de otro», y los *medios del poder*, que son «las acciones específicas por medio de las que A puede hacer uso real de esos recursos para influir la conducta de B». Esta distinción es muy ilustrativa cuando la aplicamos al poder ejercido a través de normas jurídicas. Los *medios* del poder jurídico son, sin duda, todos aquellos actos de emisión, promulgación y reforzamiento de normas que dan como resultado el que tales normas estén vigentes y sean aplicadas. Pero ¿cuál es la *base* del poder jurídico? La respuesta inmediata tendría que ser que esa base es la titularidad de ciertas competencias o poderes legales, pero, curiosamente, tal titularidad se establece a su vez por medio de otros actos de promulgación y reforzamiento de otras normas jurídicas, es decir, haciendo uso de los *medios* del poder jurídico. Y esto tiene un cierto aire de circularidad. Además, nos presenta al derecho, necesariamente, como algo «anterior» al poder. No sería así el derecho lo que emanara del poder, como al principio hemos afirmado, sino el poder, al menos este tipo de poder, lo que emanara del derecho, con lo que ese recorrido de nuestro itinerario, el que aseguraba que el derecho es un producto del poder, parece escapar a nuestro análisis (Bobbio, 1990). Tratemos de evadir esa circularidad y de recuperar el sentido de ese tramo de nuestro recorrido analítico. Para empezar, podríamos preguntarnos si las normas que constituyen esa *base* del poder jurídico son de la misma naturaleza que las normas que constituyen los *medios* del poder jurídico. Y ello nos llevaría a distinguir lo que por usar la misma terminología podrían llamarse normas-base jurídicas y normas-medio jurídicas o, dicho en términos más técnicos de teoría del derecho, a distinguir entre normas de competencia o normas que confieren poderes (cf. en este mismo volumen el artículo «Autoridad-Competencia») y normas de

conducta o normas regulativas (cf. en este mismo volumen el artículo «Norma Jurídica»). No voy a entrar en ese tema, que tiene entre nosotros excelentes especialistas (Bulygin, 1991; Atienza y Ruiz Manero, 1996; Calsamiglia, 1995). Voy a suponer que, en efecto, ambos tipos de normas tienen diferente naturaleza, y entonces el itinerario completo de nuestra investigación sobre las relaciones entre poder y derecho podría quizás desdoblarse evitando la circularidad. Un primer momento de la indagación se preocuparía por la relación entre el poder social o fáctico y las normas jurídicas de competencia, y un segundo momento de la indagación enfocaría la relación entre las normas jurídicas de conducta y la conducta misma de los ciudadanos. Si ese itinerario completo fuera recorrido con éxito, podría dar cuenta con mayor precisión de esa convicción tan extendida de que un segmento de la sociedad ejerce el poder sobre otro segmento de la sociedad *a través del derecho*.

Lo que voy a sugerir para empezar a diseñar el marco de ese doble itinerario es que la definición de la que partíamos seguramente resulta insuficiente para dar cuenta de las manifestaciones más profundas y características del poder humano. En efecto, en esa tradición Weber-Dahl se caracteriza el poder como una relación *fáctica* entre *individuos* (o sujetos individualizados). El ejemplo que, casi inmediatamente, acude a la mente cuando la consideramos es el del individuo corpulento que se impone sobre el pacífico y débil mediante amenazas. Y ésa, desde luego, es una relación de poder. Pero la idea de que alguien tiene poder en este sentido es tan limitada y se halla empíricamente tan reducida a relaciones humanas simples, esporádicas e irrelevantes que resulta impropia para tratar de dar cuenta de esa trama tan compleja y profunda que forman, al parecer, las relaciones de poder en una sociedad moderna. Cuando los sociólogos y los politólogos se enfrentan con la pregunta de quién tiene poder en una de esas sociedades, es decir, cuando pretenden dar una definición de esos A que consiguen que los demás hagan ciertas cosas, suelen apelar a propiedades tales como la posesión de los recursos, el control de los medios de producción, el liderazgo de la religión, la manipulación de la cultura, etc., o insisten en fenómenos como la «organización» (iglesias, burocracia, empresa, etc.) (Galbraith, 1986) o en «estructuras» económicas, comunicativas o de otro tipo (Barnes, 1990). Pero es obvio que el poder económico, los medios de producción, o la idea misma de organización o de estructura social o cultural son inconcebibles sin una trama previa de títulos para la ocupación de *status*, adscripción de roles, determinación de funciones, establecimiento de metas y objetivos, etc. Y todas esas cosas no se pueden entender como emanadas de un actor individual poderoso, sino que resultan ser algo previo a ese actor, que le define y constituye como tal actor. Sólo aquellos supuestos simples de poder interpersonal basados en el afecto, el reconocimiento o la pura violencia y que se desarrollan en el ámbito de las relaciones individuales inmediatas, parecen poder evitar esta dificultad. La inmensa mayoría de experiencias de poder

que se dan en nuestras sociedades se producen en el seno de prácticas sociales complejas articuladas mediante normas sociales. Y para dar cuenta de la existencia de estas normas o reglas sociales no es suficiente apelar a una entidad misteriosa e inaprensible llamada «poder», sino que, más bien, para definir satisfactoriamente eso que llamamos «poder» hemos de dar cuenta de la emergencia de reglas y prácticas normativas en la interacción humana. Ésta es, seguramente, la más grave limitación del modelo teórico del que partíamos: que el poder, al menos en sus formas más importantes de expresión, no es un fenómeno *individual* que pueda ser descrito en términos de puros *hechos*, sino que es un fenómeno *colectivo* del que sólo podemos dar cumplida cuenta si tenemos en cuenta la presencia de *normas* en la vida social. El poder es algo inserto en la estructura misma de las sociedades y creado y producido por prácticas sociales complejas de naturaleza normativa.

Por lo que respecta a su aplicación al derecho, esta conclusión es muy relevante, porque se enfrenta a toda una rica tradición teórica que se remonta a Hobbes y que da por supuesto que el derecho tiene su explicación última en la voluntad de quien fácticamente detenta el poder. De acuerdo con esa tradición, en toda sociedad hay un dato previo a la existencia del derecho: la presencia de poder como una cuestión de hecho. Pero si no es posible hacer una descripción de ese alguien «individual» que «fácticamente» detenta el poder porque no aparece empíricamente por ningún lado, deberemos primero dar cuenta de ese orden normativo social anterior sin el que ni se entiende ni se produce ese tipo de poder. La tarea, pues, sería encontrar un principio de explicación de la aparición de las normas jurídicas en general, y de las normas jurídicas de competencia muy en particular a partir de una práctica social normativa. La conexión explicativa entre esa práctica y esas normas jurídicas de competencia es, precisamente, lo que conformaría el primer tramo de nuestra exploración. A estos efectos, puede intuirse que resultaría fértil un análisis de la naturaleza, emergencia y funciones de las convenciones (cf. Lewis, 1969). Igualmente, es posible que las aportaciones teóricas que ven las normas, es decir, el componente más decisivo de toda práctica social, como soluciones a problemas que se plantean en la interacción humana (Ullman-Margalit, 1977) ayuden a encontrar esquemas plausibles de explicación. Sobre bases de este tipo podríamos arriesgar un modelo explicativo de ese primer tramo de nuestro itinerario. Un modelo tal discurriría, seguramente, por vías parecidas a éstas: dada la existencia de una colectividad humana, la aparición reiterada en su seno de problemas de coordinación y conflicto que demandan una respuesta colectiva tiende a producir la emergencia de ciertas prácticas sociales, prácticas en las que las acciones individuales están predefinidas por una estructura de reglas de comportamiento que coordinan las conductas individuales. En la medida en que se incrementa la diversidad y frecuencia de esos problemas y la necesidad de esas respuestas, las reglas de conducta que habrían de constituir una solución eficaz para

ellos devienen más movedizas e inciertas, y se hace necesario establecer una agencia fiable, rápida y cierta que las produzca y determine. La constitución de esa agencia es, en el ámbito de lo que afecta a ese problema, la definición del poder social (para una elaboración más explícita, Laporta, 1994). Quienes ocupen la posición definida por esa agencia son aquellos que detentan ese tipo de poder social. Es decir, aquel «hecho» simple mediante el que pretendíamos describir el poder «fáctico» en las sociedades humanas no es ni simple ni fáctico, sino que es un conjunto de prácticas sociales complejas que incorporan reglas de conducta y criterios de identificación de una agencia a la que se confiere la función de emitir esas reglas, modificarlas cuando es el caso y determinar su alcance (cf. Hart, 1986). La sociedad es un universo muy complejo de prácticas sociales de esta naturaleza y en todas ellas seguramente se da el fenómeno del *poder*. Recorrer el camino que hay entre un mapa de esas prácticas, es decir, entre una taxonomía precisa de lo que es el poder en la sociedad humana, y aquella otra práctica social a la que llamamos *derecho*, y en particular a las normas de competencia que integran esa práctica, sería dar una respuesta precisa y rigurosa al problema de las relaciones empíricas entre poder y derecho.

II

El otro tramo de nuestro itinerario consiste en analizar el modo en que las normas jurídicas ejercen o ponen en práctica el *poder* que se supone que llevan consigo. Quien dicta normas jurídicas ejerce el poder y el vehículo de ese poder es la norma jurídica que dicta, la cual aparece así como un instrumento de conformación de las conductas de los destinatarios. Para recorrer este segundo tramo, me parece ilustrativo examinar otro de los componentes más característicos de la noción de *poder*. Me refiero a la asimilación que se da generalmente por aceptada entre la idea de poder y la relación de *causalidad*. En efecto, los enunciados de «poder» son siempre expresión de relaciones (Benn, 1964): no se puede afirmar que alguien tiene poder sin que ello exija que se explicite que tiene poder «para» algo o poder «sobre» alguien. En la tradición de Hobbes, que se gesta en el seno del paradigma newtoniano, esa relación expresada por la noción de «poder» acaba por ser una relación de causalidad. Cualquiera que «pueda» hacer cosas tiene «poder». Esta asimilación pervive paradójicamente aún en Russell, para el que el poder es «la capacidad de causar que las cosas sucedan» (*the ability to cause things to happen*). Este punto de vista tiende a ignorar la diferencia evidente que hay entre tener «poder para algo» y tener «poder sobre alguien». Una cosa es poder hacer algo, que es seguramente expresable en términos de una clara relación causal y, otra distinta, poder hacer que alguien haga algo. Y, sin embargo, la idea de relación causal ha invadido ambas cosas. Simon, por ejemplo, afirma: «La aserción "A tiene po-

der sobre B" puede ser sustituida por la aserción "la conducta de A causa la conducta de B"». Dahl, que al principio intuyó que esto planteaba confusos problemas epistémicos («Evitaré, por tanto, deliberadamente la posible identidad de "poder" y "causa", y la multitud de problemas que esa identidad puede suscitar» [Dahl, 1957]), acabó sin embargo por afirmar que «el equivalente más cercano a la relación de poder es la relación causal» (Dahl, 1968). Barry, en su minucioso análisis económico de la noción, se distanciaba de Russell pero afirmaba, así y todo, que «poder es la capacidad de causar que las cosas sucedan cuando el objeto son las acciones de otros» (Barry, 1989). Y, más recientemente, Oppenheim declaraba que «poder y causación son categorías superpuestas», y creía dar cuenta de lo que es el ejercicio del poder en términos de «condiciones suficientes en un sentido probabilístico (no estricto) de causalidad» (Oppenheim, 1981).

Pues bien, si las normas jurídicas incorporan «poder», si son un instrumento o un vehículo de poder, entonces tendríamos que aceptar que se da una relación de causalidad entre la vigencia de esas normas y el hecho de que nos comportemos de cierta manera. El esquema de explicación sería el siguiente: el actor A, autorizado por una norma jurídica de competencia para emitir normas jurídicas de conducta, realiza efectivamente la acción de emitir (crear y promulgar) una norma jurídica de conducta. El *resultado* (en términos de von Wright) de esa acción de emitir es que una norma jurídica de conducta se pone en vigor, y la *consecuencia* (en términos causales) de esa acción es que los destinatarios de esa norma observan un cierto comportamiento. Esta relación causal de consecuencia es lo que es necesario explorar. No se trata de ningún tipo de preciosismo analítico, porque esa supuesta relación causal es el núcleo de un concepto fundamental de la teoría jurídica: el que se ha denominado, a partir de Kelsen, «eficacia del derecho». El segundo tramo de nuestro itinerario nos enfrenta con algunos problemas básicos de la eficacia del derecho.

Para empezar a explorar esa presunta relación de causalidad que al parecer está presente en la relación de poder, será útil que tengamos delante una tipología de las posibles formas de poner en práctica el poder. Es decir, un muestrario aceptable de las posibles respuestas a una pregunta que, en términos de Dahl, podría ser ésta: ¿cómo se puede conseguir que una persona o grupo de personas haga algo que, de otro modo, no haría? La tipología que expongo a continuación es una de las muchas posibles, extraída de Barry (1989), Harsanyi (1962) y Lukes (1976), con algunos añadidos míos y cierto cambio de orden. No trata de ser una enumeración exhaustiva, sino un conjunto amplio y suficiente de respuestas plausibles para esa pregunta:

1) Mediante el uso de la fuerza o de constricciones físicas o psíquicas que hagan *imposible* en sentido estricto que esa persona o grupo de personas pueda hacer otra cosa.

2) Mediante la introducción de algún cambio de los ingredientes que se dan en el proceso de deliberación de esa persona de forma tal que, tras dicho cambio, el propio sujeto agente se apreste a realizar u omitir algo. Esto puede llevarse a cabo mediante mecanismos muy variados:

a) Cambiando el *contexto* de deliberación del agente, al introducir en él dimensiones o rasgos nuevos que modifiquen las premisas fácticas de que partía, y que supongan mayores o menores costes para una determinada acción u omisión.

b) Informando (u ocultando información) sobre ventajas y desventajas posibles de un determinado curso de acción y de los cursos alternativos.

c) Introduciendo promesas o amenazas de *recompensas* o *castigos* de tal forma que esas promesas o amenazas, y la probabilidad de que el actor las cumpla, cambien los incentivos y costes de un determinado comportamiento.

d) Persuadiendo al sujeto agente para que modifique el contenido y la ordenación de sus metas y preferencias.

e) Proponiendo un curso de acción o un comportamiento en el que el sujeto agente pueda reconocer valores por él compartidos y a los que se siente vinculado, bien porque esta propuesta procede de un actor en quien se confía (Autoridad), bien porque el contenido de la propuesta satisface esos valores.

Este elenco de respuestas es deliberadamente amplio y seguramente incluye supuestos que caerían bajo el concepto de *influencia* o de *autoridad*, al lado de los supuestos de *poder* en sentido estricto (sin embargo, Mokken y Stokman, 1976, 46) pero al margen de esto, lo que pretende es poner de manifiesto lo poco plausible que resulta seguir sosteniendo esa presunta relación fuerte entre «poder» y «causalidad». Me parece, por el contrario, que debemos aceptar el juicio general de von Wright sobre esa actividad tan particular de 'hacer que se hagan cosas': «Se hace que la gente haga cosas. ¿Cómo sucede esto? Por ejemplo, mandando, o intimidando, o persuadiendo, o rogando o amenazando a los agentes. Las acciones así producidas pueden ser llamadas consecuencias o efectos de aquellas acciones que las produjeron. Pero mantengo que ésta no es una conexión causal o nómica [...]. Es un mecanismo motivacional, y como tal no es causal sino teleológico» (von Wright, 1971, 69). En efecto, si contemplamos las respuestas anteriores y excluimos el uso de constricciones físicas o psíquicas directas (que sí parecen mecanismos causales en sentido estricto, pero que puede decirse que carecen de importancia empírica para lo que aquí interesa), el resto de las respuestas (es decir, las incluidas en 2) consisten más bien en introducir o modificar ingredientes en el razonamiento práctico que tendría que llevar a cabo el sujeto pasivo. Así, las amenazas, las promesas, el manejo de la

información, los cambios en las circunstancias del agente, o la modificación de sus preferencias son todas ellas piezas que pueden alterar la deliberación del agente, pero es importante subrayar que lo que «causa» la acción (si decidimos mantener esta terminología), es la conclusión de esa deliberación completa y no directamente la conducta de quien ejerce el poder. Lo característico de las acciones u omisiones provocadas por otros, y por tanto lo característico del fenómeno del poder sobre otros, es que entre la acción provocadora que se pretende «causa» y la acción provocada que se supone «efecto», hay una interposición de la deliberación, del razonamiento práctico del sujeto pasivo. Y es esa interposición lo que produce que, en sentido estricto, la conexión nómica supuesta siempre entre una causa y un efecto se debilite seriamente, y que, en consecuencia, a la hora de reflexionar sobre el poder sea aconsejable abandonar esa presunta relación fuerte entre la idea de poder y la noción de causalidad. (A nadie debe sorprender esto, porque se trata, en el fondo, de una más de las consecuencias teóricas de una ineludible divisoria epistemológica entre las ciencias naturales y las ciencias humanas. Ignorar esa divisoria nos hace correr siempre un riesgo de reduccionismo.)

Si aceptamos este planteamiento, toda esa «familia» de conceptos que tienen que ver con «hacer que alguien haga algo», tales como influencia, autoridad, dominio, control [...] y también *poder*, quedan situados en un marco de análisis más preciso e ilustrativo. Se trataría de correlacionar cada uno de ellos con un tipo de premisas o ingredientes argumentales del razonamiento práctico. Todos ellos denotan una capacidad de afectar esas premisas o ingredientes, pero, naturalmente, no será lo mismo informar a un agente de datos relevantes de su contexto de deliberación que coaccionarlo con amenazas, no será lo mismo estimularle con una recompensa que argüirle con razones morales, y —*malgré Foucault*— no será lo mismo «enseñar» que «castigar». Una buena taxonomía de las premisas que componen un razonamiento práctico sería así un importante instrumento analítico para precisar las reglas de uso de algunos de esos conceptos.

Desde esta perspectiva podemos ver con mayor claridad los meandros del segundo tramo de nuestro itinerario general, es decir, del tramo que va desde la ocupación de una posición de poder en la práctica social que llamamos *derecho* a las conductas de los destinatarios de ese derecho. O, lo que es lo mismo, el problema de la «eficacia» del derecho. Más allá del «apoderamiento» formal que supone ser titular de una norma de competencia, se tiene poder jurídico cuando las normas jurídicas de conducta que se emiten haciendo uso de ese apoderamiento resultan ser *eficaces*. Pues bien, dejando a un lado algunas complejidades de la noción de eficacia del derecho (Navarro, 1990), podemos empezar por distinguir, para aclarar el alcance de los enunciados de eficacia, entre:

a) Eficacia como «correspondencia». Una norma N prescribe el estado de cosas o la acción *p* y los sujetos normativos producen *p*.

b) Eficacia como «acatamiento». Una norma N prescribe el estado de cosas o la acción *p*, los sujetos normativos conocen la existencia de N y producen *p* porque N existe.

c) Eficacia como «cumplimiento». Una norma N prescribe el estado de cosas o la acción *p*, los sujetos normativos conocen la existencia de N y producen *p* en virtud del contenido de N.

De estas tres acepciones de eficacia (tomadas, con alguna modificación, de Navarro, 1990, 16), la primera, es decir, la que alude a la pura y simple correspondencia, resulta inútil e inexpresiva, porque la mera constatación fáctica de la coincidencia entre normas y acciones no informa sobre la existencia de ningún vínculo entre ambas cosas. Navarro escribe: «Es un error desvincular el concepto de eficacia de los sistemas normativos de la función *motivadora* que caracteriza a esos sistemas. La relación genérica entre eficacia y *motivación* no sólo involucra el enunciado fáctico de correspondencia sino también un componente contrafáctico acerca de los cambios y acciones para el caso de que no hubiera existido el sistema normativo» (Navarro, 1990, 56; cursiva añadida por mí). Es decir, la noción de eficacia incluye un juicio sobre lo que hubiera sucedido si la norma no hubiera existido. Exactamente igual que la noción de *poder*, que, si recordamos a Dahl, supone conseguir de un agente una acción «que de otro modo no haría» (*that B would not do otherwise*) (sobre contrafacticidad, cf. Zimmerling, 1993, 33). Lo que esto quiere decir es que se ejerce poder jurídico cuando se emiten normas que tienen fuerza motivacional sobre el destinatario, de forma que éste actúa de acuerdo con ellas *porque* las normas están ahí, y cabe pensar que su conducta hubiera sido otra (el componente contrafáctico) de no ser así. Si las conductas del sujeto pasivo coinciden con la norma por razones ajenas a esa norma, entonces la norma es innecesaria; si coinciden por una sobreidentificación anterior del sujeto con el contenido de la norma, entonces la norma es redundante. En ninguno de estos casos puede decirse que se ejerce poder sobre el sujeto a través de las normas jurídicas, y ello porque en ninguno de los dos casos la norma penetra en el proceso de deliberación del destinatario como una más de sus razones para la acción. En ambos casos el sujeto «habría hecho lo mismo» si la existencia o el contenido de la norma le hubieran sido desconocidos. Sólo se ejerce poder normativo jurídico sobre alguien cuando se emite una norma cuya existencia o contenido ingresa en su deliberación práctica y se constituye en una razón para su acción.

Si esto es así, el poder que se ejerce a través de normas jurídicas puede operar de modos muy variados, tan variados como puedan ser sus posibilidades de incidir en cualquiera de los pasos de una deliberación práctica. Las normas jurídicas presentan aspectos informativos (o desinformativos), tienen usualmente cierta dimensión coercitiva, comportan con frecuencia criterios de organización social, suministran a veces herramientas técnicas con las que perseguir ciertos propósitos, y

suelen inspirarse explícita o implícitamente en valores morales, etc. Por tanto, pueden contribuir a modificar o a mantener las creencias del agente sobre su realidad entorno, pueden ejercer su presión coercitiva sobre las preferencias del agente alterando los costes de sus comportamientos, pueden contribuir a coordinar algunos de sus cursos de conducta, pueden facilitarle sus objetivos y pueden modificar incluso su sistema de valores, etc. De suerte que el poder que se ejerce a través de ellas varía tanto en su alcance como en su intensidad. Un agente puede por tanto realizar, modificar u omitir un comportamiento tomando como razón para su decisión la existencia de una norma jurídica por su simple efectividad para resolver un problema de coordinación (el tránsito rodado, por ejemplo) o por su utilidad para lograr cierto objetivo (transmitir los bienes a los herederos mediante un testamento). Pero también puede tomarla en cuenta por razón de su contenido: por el tipo de conducta que impone, por su oferta premial o por su amenaza sancionatoria. En todos los casos, tal agente toma una decisión o realiza una acción que sin la presencia de la norma jurídica no tomaría o no realizaría. Por eso exactamente es por lo que puede decirse que quienes emiten esas normas están ejerciendo el poder.

BIBLIOGRAFÍA

Atienza, M. y Ruiz Manero, J.(1996), «Las Reglas que confieren Poderes», en Jd., *Las Piezas del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1996.

Bachrach, P. y Baratz, M. (1962), «Two Faces of Power»: *American Political Science Review LVI*.

Barry, B. (1989), *Power. An economic analysis* (1976), en *Democracy, Power and Justice*, Clarendon, Oxford.

Barry, B. (ed.) (1976), *Power and Political Theory*, John Willey, London.

Barnes, B. (1990), *La Naturaleza del Poder*, Pomares Corredor, Barcelona.

Bayón, J. C. (1991), *La Normatividad del Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Benn, S. I. (1964), «Power», en *The Encyclopedia of Philosophy*, MacMillan.

Bobbio, N. ²(1990), «Del Poder al Derecho y Viceversa», en Id., *Contribución a la Teoría del Derecho*, Alfonso Ruiz Miguel (ed.), Debate, Madrid.

Bulygin, E. (1991), *«Sobre las normas de competencia»*, en Alchourrón C. y Bulygin, E. *Análisis Lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Calsamiglia, A. (1995), «Geografía de las Normas de Competencia», en *Doxa: 15-16*, II.

Dahl, R. (1957), «The Concept of Power»: *Behavioral Science 2*.

Dahl, R. (1968), «Power», en *International Encyclopedia of the Social Sciences*, MacMillan.

Galbraith, J. K. (1983), *Anatomy of Power*, Houghton Mifflin, Boston.

García Pelayo, M. (1991), *Obras Completas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Harsanyi, J. C. (1962), «Measurement of Social Power, Opportunity Costs, and the Theory of Two-person Bargaining Games»: *Behavioral Science* 7.
Hart, H. L. A. (1986), *El concepto de Derecho,* Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
Laporta, R. J. (1994), *Law and Power: Preliminary Problems,* (en prensa).
Laswell, H. y Kaplan, A. (1950), *Power and Society,* Yale University Press, New Haven.
Lewis, D. (1969), *Convention,* Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts.
Lukes, S. (1974), *Power. A radical view*; v. e. *El Poder. Un enfoque radical,* Siglo XXI, Madrid, 1985.
Mokken R. J. y Stokman F. N. (1976), «Power and Influence as Political Phenomena», en B. Barry (ed.), *Power and Political Theory,* John Willey, London.
Navarro, P. E. (1990), *La eficacia del Derecho,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
Oppenheim, F. (1981), *Political Concepts. A Reconstruction,* Basil Blackwell, Oxford.
Russell, B. (1938), *Power: A New Social Analysis*, George Allen & Unwin, London.
Simon, H. (1957), *Models of Man,* Wiley, New York.
Ullmann-Margalit, E. *(1977), The Emergence of Norms,* Clarendon, Oxford.
Weber, M. (1964), *Economía y Sociedad,* Fondo de Cultura Económica, México.
Wright, G. H. von (1971), *Explanation and Understanding,* Cornell Unisersity Press, Ithaca.
Zimmerling, R. (1993), *El concepto de Influencia y otros ensayos*, Fontamara, México.

VII
FINES Y VALORES EN EL DERECHO

FUNCIONES DEL DERECHO

Nicolás López Calera

I. INTRODUCCIÓN

Cualquier jurista, aunque sea conocedor elemental de la historia del derecho, y del pensamiento jurídico, tiene como evidente que el concepto «funciones del derecho» puede tener *numerosos, diversos y contradictorios sentidos o significados*.

También un jurista sabe que tratar de teorizar sobre las «funciones del derecho» es un trabajo que tiene, por la misma naturaleza del objeto de investigación, unas casi inevitables *connotaciones ideológicas*. Construir una pequeña monografía sobre el tema «funciones del derecho» es una cuestión muy ideológica o, si se quiere en términos más sencillos, muy personal.

De todas maneras parece evidente también, *la importancia de tratar de las «funciones del derecho»*, porque desde un sentido común y sin haber definido o conceptuado qué pueden significar «funciones del derecho», se está afrontando la compleja problemática de *qué es y para qué sirve el derecho*, o incluso cuestiones más trascendentales como *qué debe ser o para qué debe ser el derecho*. El tema de las «funciones del derecho» cae, pues, dentro del campo de las ciencias sociales, especialmente dentro del ámbito de la sociología jurídica, aunque implica también importantes problemas filosófico-jurídicos.

Por todo ello no es una disculpa injustificada afirmar que resulta *muy difícil, por no decir imposible*, ofrecer en pocas líneas una visión acertada o completa de qué puede entenderse por «funciones del derecho». A pesar de todo, algo se puede decir.

II. ALGUNAS PRECISIONES METODOLÓGICAS

Ante los interrogantes de qué son las «funciones del derecho», parece que hay dos grandes opciones metodológicas: una atendería a las cuestiones sobre lo que «debe ser o hacer» el derecho, y otra se referiría a lo que «es» o «hace» el derecho en la realidad social. La primera opción sería la propia de una filosofía del derecho. Desde esta perspectiva el tema de las funciones del derecho se identificaría en gran parte como el tema de los fines u objetivos que el derecho *debe* perseguir y realizar. La segunda perspectiva sería propia de la ciencia jurídica en general y de la sociología jurídica en particular, y buscaría ante todo la «descripción» de lo que es o hace el derecho. En cualquier caso, ambas perspectivas metodológicas deben completarse, aunque es sabido que el concepto «funciones del derecho» ha tenido su desarrollo doctrinal más importante en el ámbito de las ciencias jurídicas y, más específicamente, dentro de la sociología del derecho.

III. LAS FUNCIONES DEL DERECHO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

El concepto de «funciones del derecho» desde la perspectiva filosófico-jurídica se podría identificar con el concepto de «fines del derecho» y, más particularmente, con los fines que debe perseguir el derecho. «Funciones» sería aquí el equivalente a «objetivos» o «finalidades». Una filosofía del derecho, entendida quizás en una terminología más clásica como axiología jurídica, trataría de fundamentar los «fines genéricos» o «fines fundamentales» que puede y debe perseguir un derecho, un sistema jurídico, un ordenamiento jurídico.

Como la filosofía no es una ciencia en sentido estricto, está claro que la historia de la filosofía del derecho es enormemente plural y contradictoria en torno a esta cuestión. O, en otras palabras, es imposible objetivar lo que, desde una perspectiva filosófica, se puede entender como «fines», «objetivos» o «funciones» del derecho. Una perspectiva metodológica de naturaleza filosófica se coloca necesariamente o por definición en un nivel no-científico, meta-científico. En el mejor de los casos lo que promueve es un diálogo crítico y utópico, esto es, la posibilidad de una racionalidad social para que el derecho se desarrolle desde la igualdad y libertad de todos los miembros de la sociedad política. En cualquier caso, se debe reconocer que la metodología filosófica posee una naturaleza ideológica en el peor o mejor sentido de este calificativo. Con ello quiero decir que no son posibles determinaciones absolutas sobre los fines o las funciones que el derecho debe cumplir.

Sin embargo, desde una perspectiva filosófico-jurídica, no es ninguna aberración afirmar que hay *una función genérica, propia o específica del derecho* que históricamente se reconoce con bastante constancia e insistencia, aunque no de manera unívoca ni exclusiva, que es la *jus-*

ticia. En otras palabras, es razonable afirmar que la «gran función» del derecho es realizar la justicia en una determinada sociedad.

Pero inmediatamente debe decirse algo que es obvio: que la justicia nunca se ha entendido de manera unívoca, como tampoco ha sido el único fin fundamental del derecho. Pero la lucha ideológica (teorética) y práctica (política) por construir y realizar un concepto de justicia lo más generalizable posible justifica muchos de esos «esfuerzos filosóficos», también ideológicos, que se han dado en la historia del pensamiento social.

Afirmar que la función del derecho es (o debe ser) realizar la justicia, obligaría a preguntarse qué es justicia. Como ya se ha dicho, no es posible acabar con la pregunta qué es la justicia, aunque muchas cosas se puedan y se deban decir a este respecto. Ante todo, hay dos o tres cosas que, dentro de una historia diversa y contradictoria, pueden aparecer razonablemente válidas para amplios sectores sociales de nuestro contexto cultural.

La primera es que el derecho «tiene que ver» con un específico valor de naturaleza social, que casi siempre hace referencia a que cada uno de los seres humanos tenga o disponga de lo «suyo», o lo «propio», lo que corresponde, al menos, de acuerdo con su dignidad de ser humano. Ya sé que se trata de una definición enormemente formalista, vacía y abstracta, pero con todo ello ya dice algo sobre qué funciones puede y debe cumplir el derecho. Las funciones del derecho no miran al establecimiento y el desarrollo de su dignidad humana.

La segunda cosa que podría decirse es que determinar qué es «lo justo» constituye sin duda una tarea histórica, relativa a tiempos y circunstancias. No hay, pues, ninguna «ciencia de la justicia» que de manera definitiva pueda definir o determinar lo que corresponde a cada uno. La cuestión de cómo se crea y se aplica un derecho, desde la perspectiva de la justicia, es una cuestión siempre abierta e irresuelta. De todas maneras, me gustaría indicar (debo recordar que estamos ante una cuestión profundamente «ideológica» relativa, subjetiva o no científica) que en mi opinión la mejor manera de que el derecho cumpla con su función de hacer justicia es vincular los procesos de creación y aplicación del derecho al «método democrático». Esto es, sólo en democracia o desde la democracia, esto es, desde la igualdad y libertad de todos los miembros de un grupo social, es posible el establecimiento de reglas jurídicas que puedan llamarse también «justas». Pero ésta es una gran cuestión, sobre la que quería simplemente indicar una convicción personal, que no puedo desarrollar en este momento.

IV. EL «ANÁLISIS FUNCIONAL DEL DERECHO»: POR UN DESCRIPTIVISMO JURÍDICO

El tratamiento más conocido sobre el concepto «funciones del derecho» viene sobre todo del campo de la sociología jurídica, esto es, des-

de perspectivas positivistas del derecho que miran lo que el derecho *es*, no lo que el derecho *debiera o no ser*. Y más específicamente miran no la estructura del derecho, sino el funcionamiento del derecho.

Desde esta perspectiva positivista y sociológica, hay unas doctrinas que podrían llamarse «análisis funcional del derecho», como ha sostenido Renato Treves (1988). Tales doctrinas tratarían de estudiar qué funciones cumple el derecho, un ordenamiento jurídico, una rama del derecho. Un «análisis funcional del derecho» sería lo opuesto a un «análisis estructural del derecho». Kelsen, por ejemplo, analiza más la estructura del ordenamiento y de la norma jurídica que sus funciones, porque entiende que la ciencia del derecho se limita al conocimiento y descripción de normas jurídicas. El conocimiento jurídico está dirigido hacia normas que poseen la característica de ser normas jurídicas y que hacen que determinados actos puedan tener sentido jurídico. Kelsen llega tan sólo a afirmar que la norma «funciona» como un esquema de explicitación sobre cuáles actos son de derecho o contrarios al derecho.

En ese sentido, un «análisis funcional del derecho» sería, como ha escrito Vicenzo Ferrari (1988), un método para explicar sin apriorismos cognoscitivos las funciones que frecuentemente cumple el derecho. Las funciones que cumple el derecho son muy numerosas y su determinación depende del interés del observador o del científico en fijarse o destacar más unas que otras. Por ejemplo, Ferrari sostiene que hay tres funciones genéricas de todo derecho, como son la de orientación social, la de tratamiento de los conflictos declarados y la de legitimación del poder.

Norberto Bobbio ha abierto el abanico de esas funciones del derecho y ha destacado por afirmar que el derecho cumple también una llamada «función promocional», porque entiende que en un ordenamiento jurídico hay normas positivas, hay sanciones positivas y sobre todo en el Estado asistencial es cada vez más frecuente el uso de técnicas de aliento, que dan los ordenamientos jurídicos una nueva imagen. En los nuevos sistemas jurídicos aparece la función de «promover», «favorecer», «alentar», «remover obstáculos», y no sólo «prohibir» y «limitar». El derecho cumpliría así una especie de control activo que se preocupa por favorecer las acciones ventajosas más que desfavorecer las acciones nocivas. Las medidas de desaliento, desde un punto de vista funcional, se adoptan al objeto de la conservación social, mientras que las medidas de aliento persiguen el cambio social, dice Bobbio.

En mi opinión, el descriptivismo domina en el ámbito de la sociología jurídica a la hora de determinar qué son y cuáles son las funciones del derecho. Como dice Joseph Raz (1982), las funciones del derecho están ligadas a principios políticos y morales particulares. Por tanto, a lo máximo a que se puede aspirar es tal vez a una serie de generalizaciones, esto es, determinar las funciones sociales del derecho más frecuentes o constantes que se realizan por instituciones jurídicas establecidas y reguladas por normas jurídicas (sistema bancario, sociedades anónimas,

etc.). Dentro de esas funciones sociales, destaca Raz las «funciones directas», que son aquéllas cuya realización se encuentra asegurada al obedecer y aplicar el derecho. Las funciones directas pueden a su vez ser «primarias», como sería la prevención de comportamientos indeseables y obtención de comportamientos deseables, provisión de medios para la celebración de acuerdos privados entre individuos, provisión de servicios y redistribución de bienes, y regulación de disputas no reguladas. Y también pueden ser «secundarias» o «indirectas», que son las que tienen que ver con el funcionamiento del propio sistema jurídico. Esas funciones se refieren a la determinación de los procedimientos para cambiar el derecho y a la regulación del funcionamiento de los órganos aplicadores del derecho. Es decir, el derecho tiene también como función (secundaria o indirecta) su propia creación y su propia aplicación.

En esta misma línea analítica, Hart había distinguido también entre normas primarias y normas secundarias. Las normas primarias son aquellas que prescriben que los seres humanos hagan u omitan ciertas acciones, lo quieran o no. Las reglas secundarias dependen de las primarias y son aquellas que establecen que los seres humanos pueden, haciendo o diciendo ciertas cosas, introducir nuevas reglas de tipo primario, extinguir o modificar reglas anteriores, o determinar de diversas maneras el efecto de ellas, o controlar su actuación. Las reglas del primer tipo imponen deberes; las del segundo tipo confieren potestades, públicas o privadas.

En pocas palabras, el «análisis funcional del derecho» lleva sobre todo a una descripción sociológica sobre cómo funciona (actúa) y para qué funciona (con qué efectos) el derecho dentro de un determinado sistema jurídico y social.

V. EL «FUNCIONALISMO JURÍDICO»: UNA PERSPECTIVA MÁS IDEOLÓGICA

El estudio de las llamadas «funciones del derecho» ha tenido un especial relieve y unas especiales características a partir de los trabajos realizados por una determinada corriente sociológica, una clase de sociología e incluso una filosofía, esto es, una manera de ver, entender y valorar un orden social existente. Se ha dicho (Giasanti) que el funcionalismo se configura como una teoría social de oposición al marxismo, que en los años de la «gran crisis» se estaba infiltrando en el mundo intelectual americano. El funcionalismo está ligado a nombres famosos en el ámbito de la sociología, como Talcott Parsons, N. J. Smelser, H. C. Bredemeier y W. M. Ewan.

Desde esta sociología, el problema fundamental de un sistema social es el de controlar un comportamiento potencial de ruptura y sus motivaciones. Por ello es necesaria la intervención de mecanismos de control social sobre los elementos desviados, y uno de los más importantes me-

canismos que cumple esa función es precisamente el derecho. Las funciones del derecho son analizadas así a partir de la tesis de que el derecho es un subsistema dentro del sistema social global. Como ha escrito Renato Treves, el derecho, como mecanismo generalizado de control social, tiene una función de «integración social», esto es, de mitigar los elementos potenciales de conflicto y lubrificar el mecanismo de las relaciones sociales. Henry C. Bredemeier, que continúa la tesis de Parsons, sostiene que el derecho es un subsistema de la sociedad, que tiene como función resolver los conflictos y convertirse, en definitiva, en un mecanismo de integración que contribuye a la coordinación de la sociedad por medio de las misiones (*outputs*) del sistema jurídico hacia otros sistemas de la sociedad y al revés, por medio de inmisiones (*inputs*) de otros subsistemas sociales sobre el subsistema del derecho.

Esta sociología ha tratado de hacer un análisis del funcionamiento del derecho eliminando toda referencia a valores, para volver luego a atribuirle un sentido de valor con el criterio funcional de la autojustificación del sistema o de su conversación (Pocar). Este funcionalismo tiene —aun sin reconocerlo— un objetivo, que podría denominarse ideológico, como sería la defensa, el mantenimiento y la apología del orden social existente. Esto es, coloca el derecho al servicio del mantenimiento del orden social y no lo analiza como instrumento de transformación o cambio social.

Niklas Luhmann ha sido, en gran medida, el continuador del funcionalismo de Parsons aplicado al campo jurídico, si bien Luhmann destaca más la función del derecho a favor de la «seguridad social» que su función de resolución de conflictos, porque entiende que en la sociedad contemporánea lo importante no son ya los conflictos de intereses, sino la división de competencias, papeles y funciones (Giasanti).

Como dice Treves, Luhmann invierte el estructuralismo funcional de Parsons. Éste perseguía determinar las condiciones necesarias para la existencia y permanencia de unas estructuras. Luhmann, en cambio, sostiene un funcionalismo estructural, esto es, trata de determinar las condiciones a través de las cuales pueden llevarse a cabo funciones esenciales para el sistema social. En este sentido, el derecho es para Luhmann un instrumento de cohesión social, que coordina a un nivel altamente generalizado y abstracto todos los mecanismos de integración y de control. Según Luhmann, un instrumento de cohesión social lleva a la transformación de las estructuras jurídicas, pero al mismo tiempo el derecho condiciona la sociedad, si bien la eficacia del derecho depende de su adecuación a las exigencias de racionalidad y control que demanda el sistema social.

Lo que me parece claro, como ha sostenido Manuel Atienza (1985), es que el funcionalismo en general no asigna al derecho una función de cambio social, sino más bien una función de conservación del orden social. La cuestión que habría que plantearse es si el derecho puede tener la función de servir eficazmente al cambio social. La existencia del

Estado intervencionista por medio del Derecho parece implicar esa posibilidad como real, a pesar de la crisis que ese modelo de Estado está sufriendo en los últimos años. El marxismo estaba entre las teorías sociales que consideraba que el derecho no era un agente del cambio social. El derecho para el marxismo —dice Atienza— no promueve el cambio, sino que lo acusa, lo refleja. Sin embargo, Bentham, según los argumentos de W. Friedmann (1986), creía que el derecho debe ser un agente decidido del cambio social. Hoy se acepta —añade Atienza siguiendo a F. Selznick— que el derecho es un vehículo importante de cambio social, pero el problema es saber *cómo* opera y *cuánto* puede cambiar.

VI. ALGUNA VALORACIÓN PERSONAL

En cualquier caso, el derecho, en mi opinión, tiene una doble función, que refleja su ambigüedad o su ambivalencia «ideológica». Por un lado, el derecho tiene como función reflejar lo que una sociedad quiere y, por tanto, sirve al mantenimiento o defensa de los intereses y valores dominantes. En este sentido está claro que lo jurídico sigue en general a lo social. Es conocida la tesis de Marx de que el derecho no puede ser nunca superior a la estructura económica ni al desarrollo cultural de la sociedad por ella condicionado. El derecho tiene, pues, una función esencialmente conservadora.

Sin embargo, por otro lado, el derecho puede promover o facilitar cambios sociales, aunque sin duda el derecho no producirá por sí mismo, como si tuviera un poder taumatúrgico, cambios sociales radicales. Pero es posible que el derecho sirva o colabore a un determinado cambio social en cuanto que los sistemas sociales no son absolutamente homogéneos y están llenos de contradicciones. Marx señalaba que el derecho puede manifestar y agudizar las contradicciones sociales y suministra nuevos elementos para superar una determinada estructura social. En cualquier caso es imposible determinar con precisión cuáles son los límites del cambio social o por medio del derecho. El derecho puede apoyar, animar e incluso forzar a determinado grupos sociales hacia objetivos y valores, para los que no estaban muy proclives o incluso estaban en contra, e ir poco a poco creando unos hábitos sociales nuevos y promoviendo comportamientos nuevos. El derecho puede cambiar para que cambie la sociedad, sin que ello signifique que posea una virtualidad necesaria, porque nunca se sabrá con exactitud dónde comienza la acción del derecho que transforma la sociedad y dónde comienza la acción misma de los grupos sociales que transforma el derecho.

En este sentido, habría que recordar la famosa Ley para la Reforma Política del presidente Suárez de diciembre de 1976, que sin duda facilitó (promovió) un cambio fundamental en el sistema jurídico, político y social de la España de finales de siglo. La misma Constitución Española

de 1978, en cuanto tal ley de leyes, no hizo el milagro de crear —en la realidad, no en los textos legales— un sistema radicalmente nuevo, pero sin duda contribuyó y sigue contribuyendo a la promoción de importantes cambios sociales en España. Algunos podrían decir que el cambio social ya se había producido por los mismos impulsos de las fuerzas sociales y que la Constitución, por consiguiente, sólo venía a refrendarlos o darles forma jurídica. Eso es cierto, pero también es verdad que ese cambio social y político que España ha vivido en los últimos quince años, resulta impensable sin la «colaboración» del derecho, de esa ley de leyes que es la Constitución de 1978.

En suma, el derecho no sirve para hacer milagros sociales o para hacer revoluciones, pero sería negar hechos históricos muy importantes si se afirmara que el derecho cumple sólo una función represiva y de control.

VII. RESUMEN Y CONCLUSIONES

Hay una conclusión general que podría destacarse de este breve estudio: el concepto «funciones del derecho» es enormemente ambiguo y su determinación depende de la perspectiva metodológica e incluso ideológica que se adopte como punto de partida. El término «función» tiene ubicación semántica en muchos campos científicos, desde la sociología hasta las matemáticas o la biología.

Por lo que se refiere al derecho. el término «función» ha tenido un especial tratamiento y desarrollo científico dentro del campo de la sociología. Es decir, el concepto de «función de derecho» es un concepto principalmente sociológico. Parece referirse, en un lenguaje más tradicional, a los fines, objetivos y efectos que el derecho produce en un sistema social. Tiene, pues, un carácter descriptivo, aunque no ingenuamente descriptivo, para comprender lo que es o existe como derecho.

En cualquier caso, explicar qué son y cuáles son las «funciones del derecho» es una tarea que tiene un especial riesgo, que es la facilidad con que se pasa, sin solución de continuidad, del terreno puramente descriptivo al campo prescriptivo e ideológico. Lo que muchas veces se presenta como «las funciones» que cumple el derecho (ámbito del *ser*), es más bien lo que en algunos sectores sociales y de la comunidad científica quieren o desean que cumpla el derecho, esto es, lo que el derecho debiera cumplir o realizar (ámbito del *deber-ser*).

Tal vez sea demasiado duro decir que «las funciones del derecho» no es, en última instancia, sino el tema o el problema de cuáles son los fines que el derecho persigue y logra o que el derecho debiera perseguir y lograr. Por ello este tema o problema, a pesar de su formulación y tratamiento principalmente sociologista, no es sólo propio de la sociología, que lo es, sino también por su complejidad propia de otras ciencias o saberes sociales, como la filosofía política y jurídica. Por ello el

concepto de «funciones del derecho» no puede encerrase en los reducidos límites de una sociología funcionalista, ya sea estructuralista o ya sea conflictualista.

BIBLIOGRAFÍA

Atienza, M. (1985), *Introducción al Derecho*, Barcanova, Barcelona.

Aubert, V. (1980), *Sociología del derecho* (1971), Tiempo Nuevo, Caracas.

Bobbio, N. (1980), *Contribución a la teoría del derecho,* Fernando Torres, Valencia.

Cotterrell, R. (1991), *Introducción a la sociología del derecho,* Ariel, Barcelona.

Ferrari, V. (1988), *Funciones del derecho,* Debate, Madrid.

Friedmann, W. (1966), *El derecho de una sociedad en transformación,* Fondo de Cultura Económica, México-Buenos Aires.

Giasanti, A. y Pocar, V. (eds.) (1981), *La teoria funzionale del diritto*, Unicopli, Milano.

Luhmann, N. (1977), *Sociologia del diritto*, Laterza, Bari.

Raz, J. (1982), *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y Moral,* Universidad Nacional Autónoma de México, México.

Treves, R. (1988), *La sociología del derecho. Orígenes, investigaciones. Problemas,* Ariel, Barcelona.

JUSTICIA

Carlos S. Nino

Pocas ideas despiertan tantas pasiones, consumen tantas energías, provocan tantas controversias, y tienen tanto impacto en todo lo que los seres humanos valoran como la idea de justicia. Sócrates a través de Platón sostenía que la justicia es una cosa más preciosa que el oro[1] y Aristóteles, citando a Eurípides, afirmaba que ni la estrella vespertina ni la matutina son tan maravillosas como la justicia[2].

¿Qué es la justicia? ¿Una virtud de las personas? ¿La primera de las cualidades de las instituciones políticas y sociales? ¿El medio entre dos extremos? ¿La ley de la clase dominante? ¿El resultado de un procedimiento equitativo? ¿Lo que surge de un proceso histórico en el que no se violan derechos fundamentales? ¿Un ideal irracional? Éstas y muchas otras respuestas extremadamente divergentes entre sí fueron dadas por filósofos serios a lo largo de una extensa historia del pensamiento dedicado a desvelar esta incógnita.

La preocupación de los filósofos se centra en analizar un concepto que es empleado en muchos tipos de discursos, articulando concepciones que permitan justificar o impugnar los juicios que se formulan en tales discursos empleando el concepto en cuestión. Se invoca la justicia en los juegos de los niños o adultos. Se apela a ella también en contextos religiosos. Por cierto que ella ocupa un lugar central en el discurso jurídico. Y es absolutamente distintiva del discurso moral, tanto en lo que hace a la dimensión referida a la virtud o a la excelencia personal, como a la que se refiere a las relaciones interpersonales, y a las prácticas e instituciones que regulan estas instituciones.

Entre estos discursos en que se emiten juicios de justicia, el de índole moral tiene una posición dominante en nuestra cultura. La justicia

1. *La República*, Libro Primero, 336, e.
2. *Ética Nicomaquea*, Libro Cuatro, i.

de acuerdo a reglas de juego sociales, religiosas, jurídicas, está supeditada a que las reglas en cuestión sean, a su vez, justas. Las únicas reglas o principios de los que no tiene sentido preguntarse si son justas son las de una moral ideal. Esto implica que el concepto de justicia debe analizarse primariamente en el contexto del discurso moral. Es allí donde está «en su casa» y donde interactúa con otros valores. Esta localización de la noción de justicia en el discurso moral implica que ella necesariamente recibe el impacto de los diferentes análisis que se han propuesto de la estructura y funciones de ese discurso.

Autores como John Rawls distinguen entre el *concepto* de justicia y las diversas *concepciones* de justicia. Sobre la base de esta distinción, Rawls caracteriza el concepto de justicia indicando que él se refiere a un balance apropiado entre reclamos competitivos y a principios que asignan derechos y obligaciones y definen una división apropiada de las ventajas sociales. A su vez, las concepciones de justicia como la que él mismo propicia, son las que interpretan el concepto determinando qué principios determinan aquel balance y esa asignación de derechos y obligaciones y esta división apropiada[3].

Algo en lo que coinciden casi todos los filósofos que es intrínseco al concepto de justicia es su carácter de valor intersubjetivo. Aristóteles, por ejemplo, sostenía que la justicia «es la única virtud de una persona que es considerada como el bien de alguna otra, ya que ella asegura una ventaja para otra persona, sea un funcionario o un socio»[4]. Además de este carácter intersubjetivo, el valor de la justicia está relacionado con la idea de asignación de derechos y obligaciones, o beneficios y cargas entre diversos individuos de un grupo social, como vimos en la caracterización explícita de Rawls. También parece haber acuerdo en que es parte del concepto mismo de justicia el que el valor identificado por él puede satisfacerse o frustrarse independientemente de las intenciones de los agentes que producen esa satisfacción o frustración, a diferencia de lo que ocurre con otros valores, como la generosidad. Aristóteles afirmaba que se puede causar una injusticia involuntariamente, aunque un *acto* es injusto sólo cuando es voluntario y un *agente* sólo puede ser reprochado como injusto si actúa con conocimiento y voluntad[5].

Las visiones meta-éticas sobre el análisis del concepto y de los enunciados de justicia se pueden clasificar en cognoscitivistas y no-cognoscitivistas, según se entienda que tales enunciados formulan proposiciones que pueden ser verdaderas o falsas, por un lado, o que fundamentalmente expresan emociones o imperativos de conducta, por el otro. Las posiciones cognoscitivistas pueden ser de índole empirista o no empirista, según sostengan que las proposiciones de justicia hacen o no referencia a hechos accesibles a la experiencia sensible. Tanto en el empirismo

3. Cf. J. Rawls, *A Theory of Justice*, Oxford University Press, Oxford, 1971, 10.
4. *Ética Nicomaquea*, Libro Cuatro, ii.
5. *Ética Nicomaquea*, Libro Cuatro, vi y viii.

como en el no empirismo cognoscitivista pueden distinguirse posiciones objetivistas como subjetivistas, según sostengan que los hechos que determinan la verdad o falsedad de los juicios de justicia dependen de actitudes, creencias o preferencias de ciertos sujetos (un ejemplo de una posición no empirista y subjectivista es la teoría del mandato divino). A su vez, el subjetivismo empirista puede distinguirse en individualista y societalista, según sostenga que los juicios de justicia describen las actitudes del hablante o las de la sociedad en su conjunto; esto último es lo que constituye el convencionalismo moral.

Un buen ejemplo de una visión meta-ética subjetivista y, por lo tanto, relativista de la justicia es la de Hans Kelsen[6]. Luego de señalar que las concepciones más conocidas de justicia —como la de que consiste en dar a cada uno lo suyo, o la regla de oro de que no se debe hacer a otros lo que no se quiere que nos hagan a nosotros, o el imperativo categórico kantiano, que prescribe que debe obrarse de acuerdo a la máxima que uno desearía que se convirtiera en ley universal— son o bien vacuas o bien remiten al orden positivo, Kelsen afirma lo siguiente:

> Si hay algo que la historia del conocimiento humano puede enseñarnos, es la inutilidad de los intentos de encontrar por medios racionales una norma de conducta justa que tenga validez absoluta, es decir, una norma que excluya la posibilidad de considerar como justa la conducta opuesta. Si hay algo que podemos aprender de la experiencia espiritual del pasado es que la razón humana sólo puede concebir valores relativos, esto es que el juicio con el que juzgamos algo como justo no puede pretender jamás excluir la posibilidad de un juicio de valor opuesto. La justicia absoluta es un ideal irracional [...][7].

Sin embargo, este tipo de posiciones debe aclarar qué quiere decir que un juicio de justicia no puede pretender excluir el juicio opuesto. Por cierto que cuando formulamos un juicio de justicia no podemos excluir la posibilidad de que otros formulen juicios de justicia opuestos, lo mismo que ocurre con juicios de cualquier otra índole. Pero sí parece que estamos lógicamente comprometidos a rechazar tales juicios, o sea, a considerarlos falsos o inválidos. No parece tener sentido sostener, por ejemplo, «la pena de muerte es injusta, pero bien podría ser justa». Por otra parte, el mismo Kelsen sostiene que la visión relativista de la justicia, lejos de ser amoral, supone una moral que es la moral de la tolerancia y de la democracia. Sin embargo, un relativista debería admitir, para ser consistente, que la tolerancia y la democracia tienen tanto valor como la intolerancia y el autoritarismo.

Otro ejemplo de una posición escéptica sobre la justicia, esta vez más explícitamente emotivista, es la de Alf Ross. Sostiene este autor:

6. Cf. H. Kelsen, *¿Qué es la justicia?*, E. Garzón Valdés (trad.), Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1957.
7. *Ibid.*, n. 32.

> Invocar la justicia es como dar un golpe sobre la mesa: una expresión emocional que hace de la propia exigencia un postulado absoluto. Ésta no es una manera adecuada de obtener comprensión mutua. Es imposible tener una discusión racional con quien apela a la «justicia», porque nada dice que pueda ser argüido en favor o en contra. Sus palabras constituyen persuasión, no argumento. La ideología de la justicia conduce a la intolerancia y al conflicto [...] es una actitud militante de tipo biológico-emocional a la cual uno mismo se incita para la defensa ciega e implacable de ciertos intereses[8].

No obstante, este tipo de emotivismo suele enfrentar la réplica de que confunde el aspecto pragmático del lenguaje ético con el aspecto semántico: esa réplica sostiene que es cierto que muchas veces —aunque no siempre— expresamos emociones con el lenguaje de la justicia, pero también expresamos o intentamos provocar emociones en los demás con formulaciones lingüísticas que tienen un contenido descriptivo indudable. De modo que el «significado» emotivo de las formulaciones éticas no excluye su posible significado cognoscitivo. Por otra parte, la afirmación de Ross, como las afirmaciones análogas de Kelsen, de que es imposible sostener una discusión racional con quien apela a la justicia, debe ser confrontada con la fenomenología de la práctica de discusiones sobre justicia —tanto en ámbitos teóricos como políticos, o en otras esferas de la vida social—, la cual, según sostienen algunos, parece mostrar lo contrario: filósofos que escriben en innumerables publicaciones dedicadas a temas de justicia, políticos que se involucran en discusiones sobre la justicia de programas o medidas, vecinos que debaten sobre la justicia o injusticia de acciones y actitudes que los afectan, todos ellos parecen argumentar, aunque el argumento en algunos casos vaya acompañado por algún golpe sobre la mesa. Muchos sostienen que si es cierto, como dice Kelsen, que los seres humanos tenemos una tendencia irrefrenable a justificar mutuamente nuestras acciones, sería extraño que esa tendencia nos condujera permanentemente a frustraciones por la vacuidad de tales justificaciones. Tal vez la tendencia a justificar nuestras acciones nos haya llevado a desarrollar pautas que rigen esa justificación, y quizá la misma práctica de dar razones en materia de justicia presuponga criterios, reglas y valores que determinan cuáles razones son válidas en el contexto de esa práctica. Según algunos, tales criterios, reglas y valores subyacentes en la práctica de dar razones sobre la justicia de acciones e instituciones, presentan una notable uniformidad en el tiempo y el espacio, no obstante que es posible advertir algunas variaciones relevantes: mientras hay configuraciones pre-modernas de esa práctica que asocian las razones últimas con los dictados de una divinidad, de un cacique o de la tradición, la configuración que la práctica de dar razones presenta a partir de la moder-

8. Cf. A. Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, G. R. Carrió (trad.), Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1963.

nidad implica la posibilidad de someter a crítica toda prescripción o convención sobre la base de principios ideales aceptables desde una perspectiva imparcial.

Quizá las posiciones escépticas, relativistas y subjetivistas sobre la justicia están determinadas por la preocupación pre-teórica por la intolerancia, el fanatismo y el autoritarismo a los que suelen conducir posiciones éticas absolutistas. Como Trotsky le recordaba a Kautsky, «la aprehensión de verdades relativas nunca le da a uno el coraje de usar la fuerza y derramar sangre»[9]. Sin embargo, esta prevención quizá tenga su ámbito de satisfacción, no en el plano *ontológico* de constitución de principios de justicia (en el que se enfrenta con la posibilidad de que el relativismo se aplique al mismo ideal de tolerancia), sino en el plano *epistémico*, o sea, en el plano del conocimiento de los principios de justicia: lo que conduce a la tolerancia es una posición falibilista sobre si estamos acertados en nuestras creencias sobre lo que es justo, no nuestra supuesta certeza de que no hay nada que conocer. Ese falibilismo puede conducir a desconfiar de las intuiciones individuales sobre la justicia —dada la variedad de condicionamientos a que cada uno de nosotros se ve sometido— y a confiar más, en cambio, en el resultado del proceso colectivo de discusión como el que se organiza a través del procedimiento democrático.

Una forma de orientarse sobre las concepciones substantivas de justicia, o sea, las diversas interpretaciones del concepto de justicia, consiste en hacer una revisión de la «geografía axiológica», de modo de inspeccionar las relaciones entre la justicia y otros valores, como los del bienestar o felicidad, la legitimidad, la eficiencia, el orden, la libertad, la igualdad. Algunos de estos valores parecen ser externos a la justicia —ya que su satisfacción no implica necesariamente un estado de cosas más justo; al contrario, pueden estar en tensión con la justicia—. En cambio, algunos otros de estos valores parecen ser internos al de justicia, puesto que su satisfacción sí parece ir en beneficio del valor justicia.

Si comenzamos con la relación entre el bien de cada individuo —que se suele identificar con la felicidad— y la justicia, veremos que la división entre concepciones teleológicas y deontológicas de la justicia reside precisamente en si ese bien es concebido como un valor interno o externo a la justicia.

Platón sostenía que la justicia es la parte esencial del bienestar. El hombre injusto manifiesta una discordia entre los elementos que componen su alma que lo hace impotente para obrar, y sus acciones hacia los demás son fuente de disensiones, odios y luchas; la disposición injusta de algunos hombres impide que actúen en común con otros hom-

9. Cit. por C. Schmitt, *The Crisis of Parliamentary Democracy*, E. Kennedy (trad.), Massachusetts Institute of Technology, Cambridge, Massachusetts, 1988, 64.

bres, por lo que el hombre al que mueve un alma injusta es incapaz de ser feliz[10].

Para Aristóteles la justicia es la virtud más alta, la virtud perfecta. Una virtud es el punto medio entre dos vicios extremos; la justicia es la virtud de una persona cuando la consideramos en relación a otras personas. Ser justo es la cualidad de obrar conforme a las leyes cuando éstas tienden a la ventaja común, de modo que llamamos «justo» a lo que tiende a producir o a conservar la felicidad de una asociación política. Éste es el sentido general de justicia, pero hay un sentido particular que es el que se refiere a la justicia distributiva y rectificatoria. La primera implica proporcionalidad y conduce a tratar igualmente a los iguales y desigualmente a los desiguales; la segunda implica restaurar la igualdad alterada por un delito o por el incumplimiento de contratos. La justicia particular de un comportamiento es el medio entre los dos extremos constituidos por el cometer una injusticia y por el sufrirla[11].

Al igual que Aristóteles, Tomás de Aquino sostenía que todo acto humano tiene una finalidad, se dirige a algo que es aprehendido como bueno. La voluntad humana está necesariamente orientada hacia el bien último del hombre, es el perfeccionamiento pleno de su naturaleza. Para ello, el hombre tiene una facultad, la que llama *sinderesis*, que le permite detectar los principios más generales de justicia plasmados en el derecho natural. Éste es la parte de la ley eterna de Dios que es cognoscible por la razón humana. El principio más general del derecho natural es que el bien debe hacerse y el mal, evitarse; la razón puede derivar de este principio preceptos más específicos. Según Aquino, el gobierno es una institución de derecho natural en la medida en que esté orientado al bien común. Una ley es injusta cuando impone al ciudadano cargas que no son exigidas por el bien común[12].

También defendió una concepción teleológica de la justicia Thomas Hobbes, en la medida en que, según él, los principios que constituyen ésta están dados en un contrato social que los hombres deben subscribir para satisfacer su propio auto-interés. La vida en el estado de naturaleza es «cruel, brutal y corta», pero los hombres no pueden salir de ella simplemente por acuerdos mutuos, ya que ellos plantean problemas de acción colectiva —del tipo del que luego fuera llamado del «dilema de los prisioneros»—, ya que cada uno desconfía de que el otro saque ventaja de la violación del acuerdo. De modo que los hombres deben, primero, acordar establecer un poder (el del estado o Leviatán) que luego los fuerce a cumplir con los otros artículos del pacto. Esos artículos establecen los principios fundamentales de justicia, como el de que los

10. Cf. *La República*, Libro Primero, #352-354.
11. Cf. *Ética Nicomaquea*, Libro V.
12. Cf. *Suma Teológica*, I-II.

hombres deben buscar la paz, o renunciar a toda libertad respecto de otros que no estén dispuestos a concederle a ellos[13].

Otra concepción teleológica de la justicia es la del utilitarismo, que a diferencia de la anterior no se basa en el auto-interés de cada uno sino en el interés general. Para esta concepción, los actos e instituciones son justos en la medida en que sus consecuencias contribuyan positivamente a expandir el bien intrínseco. Éste es generalmente identificado con la felicidad general, pero es interpretado de muy diversas maneras. Hay una interpretación hedonista, como la de Jeremy Bentham, que asociaba la felicidad con el placer, interpretación que fue calificada por John Stuart Mill al distinguir diferentes tipos de placer según su calidad intrínseca. Hay otra interpretación del bien intrínseco, vigente sobre todo en las aplicaciones económicas del utilitarismo, que lo identifica con la satisfacción de deseos o preferencias de la gente, cualesquiera sean ellos. Hay también una interpretación idealista del bien intrínseco, como la de E. G. Moore, que admite que hay estados de cosas que pueden ser intrínsecamente buenos sin tomar en cuenta las actitudes subjetivas que hacia ellos puedan tener los individuos. La concepción utilitarista de la justicia se distingue también según sea el objeto primario de aplicación por parte del principio de utilidad: hay un utilitarismo de actos, otro de reglas, otro de disposiciones humanas, otro de instituciones, etc. El utilitarismo también puede ser positivo o negativo, según prescriba promover la felicidad general o prevenir la miseria general, y puede tener una versión clásica —que computa la mayor o menor felicidad sin tomar en cuenta el número de personas beneficiadas por ella— y una versión «del promedio» —que toma en cuenta tal número—.

Finalmente, la corriente comunitarista que se opone a la concepción de la justicia del liberalismo deontológico de origen kantiano —que veremos de inmediato—, ofrece también una visión teleológica de la justicia. Pensadores como Charles Taylor, Alasdair MacIntyre, Michael Sandel, Michael Walzer, etc.[14], objetan la pretensión de sus contrincantes de inferir principios de justicia sin una previa concepción del bien de la persona. Ellos sostienen que tal pretensión conduce a proponer fórmulas de justicia vacuas o, si no, implica pasar de contrabando una cierta concepción del bien. Pero, es más, los autores comunitarios también sostienen que las concepciones del bien se articulan a través de las prácticas y convenciones de una sociedad, por lo que los principios que se infieran de ellas varían según las sociedades, contrariamente a la aspiración liberal deontológica de inferir principios de justicia universales y abstractos. Esto conduce a un tipo de relativismo como el que fue mencionado anteriormente.

13. Cf. *Leviathan*, 1651.

14. Cf., por ejemplo, W. Kymlicka, *Liberalism, Community and Culture*, Clarendon, Oxford, 1989.

La concepción deontológica de la justicia más influyente es sin duda la de Kant[15]. Para este filósofo, los principios básicos de la moral debían tener la universalidad de los principios de la lógica y el contenido substantivo y no trivial de las leyes de la física. Los principios morales deben ser para Kant *autónomos*, porque son principios que uno se da a sí mismo con independencia de toda autoridad humana o divina; deben ser *categóricos*, porque lo que ellos ordenan no está condicionado a intereses o deseos; deben ser *universales*, ya que obligan a todos los seres racionales por igual. Este último requisito de los principios morales deriva de la primera formulación del famoso imperativo categórico de Kant: «Obra sólo según una máxima tal que puedas querer al mismo tiempo que se torne ley universal». Kant aspiraba a que este principio sirva para seleccionar todas las máximas morales substantivas. Para ello, debía mostrar que está intrínsecamente relacionado con un fin absoluto de todos los seres racionales. Él encuentra ese fin absoluto en el hecho de que la humanidad deba ser tratada como un fin en sí misma y nunca sólo como un medio, lo que constituye la segunda formulación de su imperativo categórico. Esto se conecta con la relación de prelación entre la justicia y la bondad moral o la felicidad, que define al deontologismo: Yo trato a otros como fines en sí mismos cuando respeto sus fines subjetivos. El deber moral de cada uno no es buscar el perfeccionamiento moral de los demás, porque ello lo deben hacer ellos mismos; uno sólo debe ayudarlos a satisfacer sus fines. En cambio, la búsqueda de la propia felicidad de cada uno no es objeto de un deber moral, sino de una inclinación natural. La felicidad no es buena sin calificaciones, porque puede no ser merecida, no ser el resultado de la virtud. Lo que es bueno sin restricciones es la buena voluntad, que implica obrar no por inclinación sino por respeto del deber moral.

Quien en las últimas décadas ha hecho más por revitalizar una teoría deontológica de la justicia ha sido indudablemente John Rawls[16]. Este autor recurre al contractualismo inherente a las concepciones de Rousseau y Kant para oponerse fundamentalmente al utilitarismo y al intuicionismo. Al primero lo acusa de no tomarse seriamente la separación e independencia de las personas —idea expresada en la segunda formulación del imperativo catagórico kantiano—, proyectando a la sociedad el enfoque maximizador del placer o de la satisfacción de intereses antes que el procedimiento de decisión aplicable a un solo individuo. Al segundo le objeta la falta de criterios constructivos para jerarquizar diferentes principios morales, recurriendo a la intuición en cada caso particular. Rawls se pregunta si habría principios universales para aplicar a la estructura básica de la sociedad que hombres libres e

15. Cf. *Crítica de la razón práctica* y *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*.
16. Cf. J. Rawls, *o. c.*

iguales consentirían hipotéticamente en condiciones ideales —lo que implica ver la justicia como «equidad», o sea, como resultado de un procedimiento equitativo, y para ello imagina una posición originaria: ésta es una situación hipotética en la que seres racionales, libres e iguales, en circunstancias en que es relevante discutir sobre la justicia de las principales instituciones de la sociedad, siendo racionalmente auto-interesados en la obtención para sí de «bienes primarios», como las libertades civiles y políticas, ingreso y riqueza, prestigio, etc., pero que están bajo un «velo de ignorancia» sobre sus circunstancias particulares de raza, religión, inteligencia, condición social, etc., discuten sobre qué principios comprometerse a aceptar para regir la sociedad en la que van a vivir cuando sea levantado ese velo de ignorancia. Según Rawls, la aplicación de principios de racionalidad como el «maximin» —que prescribe hacer menos mala la peor situación que a uno le puede tocar— llevaría a esos seres a elegir dos principios de justicia: el primero —que tiene prioridad lexicográfica sobre el segundo— establece que cada persona debe tener un derecho igual al sistema más extenso de libertades básicas (de conciencia, de palabra, contra detenciones arbitrarias, de voto, etc.) que sea compatible con un sistema igual de libertades para todos. El segundo principio prescribe que las desigualdades sociales y económicas deben ser dispuestas de modo tal que, primero, sean para el mayor beneficio de los que se encuentran en posición social menos aventajada (que es el llamado «principio de diferencia») y, segundo, que deben adjudicarse a posiciones abiertas a todos bajo condiciones de una equitativa igualdad de oportunidades. Rawls también sostiene que a estos principios se arriba mediante un «equilibrio reflexivo», que trata de llegar a un equilibrio entre nuestras intuiciones más fuertes sobre la justicia e injusticia de soluciones en casos particulares y la necesidad de subsumir esas intuiciones en principios generales consistentes que aparezcan como plausibles. En una serie de artículos publicados en los últimos años[17], Rawls fue abandonado, sin reconocerlo abiertamente, el carácter universalista de esta concepción de la justicia y, como reacción a las críticas comunitaristas, ha venido sosteniendo que ella no pretende basarse en una concepción metafísica de la moral sino que solamente pretende reconstruir concepciones implícitas en la tradición democrática.

Parece claro que el deontologismo de Kant y Rawls abandona la relación interna entre la justicia y el bien o la felicidad, sólo para substituirla por una relación interna con otros valores. Uno de esos valores es indudablemente el de la libertad entendida como autonomía personal, o sea, la libertad para elegir y materializar visiones del bien personal. Es posible sostener que la autonomía personal no es sino otra concepción

17. Cf., por ejemplo, J. Rawls, «Justice as Fairness: Political, not Metaphysical»: *Philosophy & Public Affairs*, 3/XIV (1985).

del bien o de la felicidad, pero es en todo caso una concepción peculiar puesto que deja abierto a la elección de cada individuo otras especificaciones de ese bien. Sin embargo, hay pensadores libertarios, como Robert Nozick[18], que sostienen que la concepción de Rawls pone en peligro esta autonomía personal, al admitir la justificación de un estado que re-distribuya bienes entre los individuos sobre la base del principio de diferencia. Según Nozick, si partimos de la presuposición de derechos naturales de tipo lockeano, sólo se justifica un estado mínimo: ese estado mínimo, que se ocupa de la seguridad y la justicia, es el único que puede emerger sin violar los derechos de nadie cuando las fuerzas del mercado llevan a la aparición de una agencia protectora dominante de los derechos de los individuos, agencia protectora que puede hipotéticamente transformarse en un estado mínimo cuando se advierte que ella puede estar justificada en prohibir que individuos no adheridos a ella usen procedimientos riesgosos para hacer valer sus derechos, siempre que sean compensados por la prohibición con servicios de esa agencia dominante. Nozick sostiene que Rawls mismo no tiene en cuenta la separabilidad de las personas cuando trata los talentos naturales de cada uno como si fueran un patrimonio común y concibe los recursos económicos como si emergieran como maná del cielo, en lugar de ser el resultado del proceso de producción, que ya supone la adjudicación de bienes. Esa adjudicación está regida, según Nozick, por tres principios: el de adquisición, que se basa en el principio lockeano de que es justo apropiarse de lo que se ha mezclado con el propio trabajo, siempre que quede suficiente para los demás; el de transferencia, que legitima las transferencias de bienes consentidas por las partes; y el de rectificación, que neutraliza la violación de los principios anteriores.

Independientemente de las discusiones que ha provocado la fundamentación de Nozick, lo cierto es que difiere de la de Rawls en el aspecto crucial de que éste no sólo parte del valor interno a la justicia de autonomía personal, sino también del valor de igualdad. La concepción de la igualdad que acepta Rawls no es la de la equiparación sino la de no explotación, expresada en la segunda formulación del imperativo categórico de Kant. Nozick podría replicar que él también parte de la prohibición de usar a otros como meros medios, pero, sin embargo, debe enfrentar la objeción de que lo hace unilateralmente, ya que no toma en cuenta que tal uso se puede hacer no sólo por acción sino también por omisión, por omisión de impedir que los demás vean frustrados sus derechos. A la respuesta de que uno no *causa* la frustración de derechos por omisión, corresponde a su vez la réplica que esa limitación de la asignación de efectos causales a los actos positivos deriva de la aceptación no crítica de convenciones sociales subyacentes en tales juicios causales. Si esto fuera así, el libertarianismo infringiría el presupuesto im-

18. Cf. R. Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, Basic Books, New York, 1974.

plícito en el discurso moral liberal de someter a crítica toda convención social. El libertarianismo derivaría de relacionar intrínsecamente la justicia con el orden establecido, desconociendo que el valor del orden es externo y secundario al de justicia, ya que sólo hay orden cuando se satisfacen principios de justicia (la violencia necesaria para imponer instituciones injustas es siempre computada como desorden).

Una posición simétrica a la del libertarianismo respecto del liberalismo igualitario es la que ocupa la concepción marxista de la justicia. Muchos autores, como Robert Tucker[19], por ejemplo, sostienen que el marxismo no incluye en realidad una teoría de la justicia, ya que él se ofrece como una descripción científica de la evolución de los modos de producción de la humanidad y rechaza explícitamente, como ideología burguesa, la pretensión de los socialistas utópicos de condenar al capitalismo sobre la base de su justicia. Para esta visión de Marx, él llevaba al extremo la concepción meta-ética relativista y concebía simplemente como justas las distribuciones que se ajustan a cada modo de producción. Sin embargo, otros autores, como John Elster[20], sostienen que la idea de explotación que Marx pone en el centro de su teoría —como la apropiación por los capitalistas de la plusvalía del trabajo proletario— sirve de crítica normativa moral para cualquier observador y como pauta para actuar en contra del sistema que la produce. Los defensores de esta visión enfatizan que sobre todo en la *Crítica del Programa de Gotha* se avanza principios de justicia como el famoso «de cada uno según su capacidad, a cada uno según sus necesidades». Evidentemente, si esta interpretación del marxismo es aceptada, ella implica concluir que la condena a la explotación deriva de relacionar intrínsecamente la justicia con una concepción de la igualdad. Frente a esta posición del marxismo, el liberalismo ha objetado recurrentemente que ella ignora la relación interna entre la justicia y el valor de la libertad o autonomía personal. Por cierto que esto no ha sido aceptado por los marxistas, quienes, como en el caso de Carol Gould[21], sostienen que Marx asumía una concepción superior de la libertad, concibiéndola en términos positivos como la más plena auto-realización de individuos sociales. Sin embargo, los liberales suelen replicar que esta idea de auto-realización es peligrosamente perfeccionista y que no tiene en cuenta la importancia de la libertad meramente negativa —como ausencia de interferencias externas— para una genuina autonomía en la elección y materialización de planes de vida.

De modo que buena parte de las discusiones sobre justicia en la filosofía política contemporánea, sobre todo entre las diversas variedades

19. Cf. R. Tucker, *The Marxian Revolutionary Idea*, Allen and Unwin, London, 1970.
20. Cf. J. Elster, *Making Sense of Marx*, Cambridge, 1986.
21. Cf. C. Gould, *Marx's Social Ontology*, Cambridge University Press, Cambridge, 1978.

de liberalismo y de socialismo, se refieren al alcance y al respectivo peso de los dos valores internos a la justicia constituidos por la libertad o autonomía personal y la igualdad. En una primera aproximación, las tensiones entre estos valores se atenúan una vez que tenemos en cuenta que ambos se complementan: la libertad es un valor substantivo que no nos dice nada sobre quiénes y en qué medida deben ser beneficiarios de ella; la igualdad es un valor adjetivo que no nos dice nada acerca de en qué respecto las personas morales deben ser iguales (puede haber una libertad disvaliosa por la forma en que está distribuida, y una igualdad moralmente irrelevante por el tipo de bien que es distribuido igualitariamente). Esto sugiere una combinación de ambos valores bajo la idea de que la justicia consiste en una distribución igualitaria de la libertad. Sin embargo, las tensiones re-aparecen en otro nivel: la igualdad como no explotación exige que haya deberes positivos de servicios a los demás —una vez que abandonamos el dogma conservador de que no se causa daños a otros por omisión—; es obvio que pasado cierto límite, esos servicios positivos pueden dejar a los individuos sin autonomía para desarrollar su propio plan de vida.

Es también importante determinar la relación entre la justicia y valores externos a ella, aparte del de orden que ya fue mencionado. Un valor que suele entrar en aguda tensión con el de justicia tanto en la teoría como en la práctica política y económica contemporánea es el de eficiencia. Ésta suele ser definida en términos de los criterios de Pareto, uno de los cuales define a un estado de la sociedad como eficiente cuando no hay ningún estado alternativo en que algún individuo puede estar mejor sin que alguno esté peor. Este valor de eficiencia constituye la base axiológica del llamado «análisis económico del derecho», así como el de las instituciones y prácticas sociales en general[22]. Cómo este valor debe relacionarse con el de justicia es motivo de controversia y hay variaciones relevantes entre diferentes escuelas. Algunos subsumen la eficiencia en la justicia, ya que adoptan una visión utilitarista de la justicia. Otros subsumen la justicia en la eficiencia, ya que ven la justicia como el objeto de preferencias individuales que deben ser tomadas en cuenta en el cálculo de eficiencia. En fin, otros conciben la eficiencia y la justicia como valores independientes; en este caso, se tiende a dar prioridad a la justicia sobre la eficiencia, aunque se difiere sobre si esa prioridad implica meramente una asignación de peso superior o es de índole lexicográfica.

También es importante tomar en cuenta la relación entre el valor justicia y el de la legitimidad política, que es controvertible si debe concebirse como externa, interna o *sui generis*. Es obvio que puede haber tensiones entre ambos valores, ya que quienes están legitimados para

22. Cf., por ejemplo, R. Posner, *Economic Analysis of Law*, Little, Brown and Company, Boston, 1977.

tomar decisiones políticas lo pueden hacer en forma injusta. Si, como muchos suponen, la legitimidad política depende de la justicia, el gobierno y el derecho parecen ser superfluos ya que los principios de justicia determinan directamente cómo se debe actuar. Esto ha llevado a algunos pensadores, como Robert Paul Wolff[23], a adoptar una posición anarquista. Otros suponen que la justicia debe depender de la legitimidad política, sosteniendo que el proceso de discusión y decisión democrática es la única forma de constituir principios morales intersubjetivos como los de justicia; ésta es la posición de Jürgen Habermas[24]. Si esta posición se interpreta de modo que el consenso democrático, bajo condiciones que satisfagan una situación ideal de comunicación, constituye los principios de justicia, presenta el problema de analizar el carácter de los juicios de justicia que se formulan en el proceso democrático mismo. Tal vez una forma de eludir estos problemas consiste en asignar a la legitimidad política que se plasma en el consenso democrático un valor epistémico sobre los principios de justicia (con lo que se establece una relación *sui generis* entre justicia y legitimidad). Esto se relaciona con la necesidad de evitar posiciones elitistas sobre la justicia, que es lo que en el fondo preocupa, como vimos, a relativistas y escépticos.

BIBLIOGRAFÍA

Ackerman, B. (1980), *Social Justice in the Liberal State*, Yale University Press, New Haven.
Alexy, R. (1986), *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, Suhrkamp.
Atienza, M. (1993), *Tras la justicia*, Ariel, Barcelona.
Barry, B. (1989), *Theories of Justice*, University of California Press, Berkeley.
Benn, S. y Peters, R. S. (1959), *Social Principles and the Democratic State,* George Allen and Unwin, London.
Betegón, J. y Páramo, J. (comps.) (1990), *Derecho y Moral. Ensayos analíticos,* Ariel, Barcelona.
Cortina, A. (1990), *Ética sin moral*, Tecnos, Madrid.
Cossio, C. (1967), *El derecho en el derecho judicial*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
Del Vecchio, G. (1952), *La giustizia*, Studium, Roma.
Díaz, E. (1984), *De la maldad estatal y la soberanía popular*, Debate, Madrid.
Dworkin, R. (1978), *Taking Rights Seriously*, Duckworth, Cambridge.
Farrell, M. D. (1983), *Utilitarismo. Ética y Política*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
Farrell, M. D. (1989), *Análisis crítico de la teoría marxista de la justicia*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
Feinberg, J. (1980), *Rights, Justice and the Bounds of Liberty*, Princeton University Press, Princeton.

23. Cf. R. P. Wolff, *In Defense of Anarchism*, Harper and Row, New York, 1970.
24. Cf. J. Habermas, *The Theory of Communicative Action*, Beacon, London, 1984.

Fernández, E. (1984), *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Debate, Madrid.
Ferrajoli, L. (1989), *Diritto e ragione,* Gius Laterza & Figli, Bari.
Finnis, J. (1980), *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press, Oxford.
Fuller, L. (1969), *The morality of law,* Yale University Press, New Haven.
Garzón Valdés, E. (1985), *Derecho y filosofía,* Alfa, Barcelona.
Gauthier, D. R. (1986), *Morals by Agreement*, Clarendon, Oxford.
Gewirth, A. (1978), *Reason and Morality*, University of Chicago Press, Chicago.
Hart, H. L. A. (1961), *The Concept of Law*, G. Carrió (trad.), Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
Kamenka, E. y Tay, A. (comps.) (1979), *Justice,* Edward Arnold, London.
Lucas, J. R. (1980), *On Justice*, Clarendon, Oxford.
MacIntyre, A. (1988), *Whose Justice? Which Rationality?*, Duckworth, London.
Martínez García, J. E. (1985), *La teoría de la justicia en John Rawls*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
Miller, R. (1984), *Analyzing Marx*, Princeton University Press, Princeton.
Nagel, Th. (1991), *Equality and Partiality*, Oxford University Press, Oxford.
Nino, C. S. (1989), *Ética y derechos humanos*, Ariel, Barcelona.
Parfit, D. (1984), *Reasons and Persons*, Clarendon, Oxford.
Paul, Miller y Paul (comps.) (1983), «Distributive Justice», en Id., *Social Philosophy & Policy I.*
Peces-Barba, G. (1983), *Derechos fundamentales*, Latina, Madrid.
Perelman, Ch. (1963), *Justice et raison*, Université de Bruxelles, Bruxelles.
Pérez Luño, A. E. (1984), *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid.
Pettit, Ph. (1980), *Judging Justice*, Routledge and Kegan Paul, London.
Rakowski, E. (1991), *Equal Justice*, Clarendon, Oxford.
Raz, J. (1986), *The Morality of Freedom*, Clarendon, Oxford.
Richards, D. (1977), *The Moral Criticism of Law*, Dickenson, Encino and Belmont, California.
Sandel, M. (1982), *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge University Press, Cambridge.
Sher, G. (1987), *Desert*, Princeton University Press, Princeton.
Smart, J. C. y Williams, B. (1973), *Utilitarianism. For and Against*, Cambridge University Press, Cambridge.
Spector, H. (1991), *Autonomy and Rights*, Oxford University Press, Oxford.
Vallespín Oña, F. (1985), *Nuevas teorías del contrato social: John Rawls, Robert Nozick y James Buchanan*, Alianza, Madrid.
Walzer, M. (1983), *Spheres of Justice*, Basic Books, New York.

SEGURIDAD JURÍDICA

Antonio-Enrique Pérez Luño

I. FORMACIÓN HISTÓRICA

La formación conceptual de la seguridad jurídica, como la de otras importantes categorías de la Filosofía y la Teoría del Derecho, no ha sido la consecuencia de una elaboración lógica sino el resultado de las conquistas políticas de la sociedad. La seguridad constituye «un deseo arraigado en la vida anímica del hombre», que siente terror ante la inseguridad de su existencia, ante la imprevisibilidad y la incertidumbre a que está sometido. La exigencia de seguridad de orientación es, por eso, una de las necesidades humanas básicas que el Derecho trata de satisfacer a través de la dimensión jurídica de la seguridad.

Si se parte de que las necesidades radicales humanas constituyen el soporte antropológico de todo valor, no entraña dificultad llegar a inferir que la lucha por la satisfacción de la necesidad de seguridad haya sido uno de los principales motores de la historia jurídica. La seguridad en cuanto valor jurídico no es algo que se dé espontáneamente, y con idéntico sentido de intensidad, en los distintos sistemas normativos. Su función y alcance dependerá de las luchas políticas y las vicisitudes culturales de cada tipo de sociedad.

En la Antigüedad han existido formaciones sociales en las que se carecía de la conciencia del valor de la seguridad jurídica. Para la concepción tradicional del Derecho en China la promulgación de las leyes no se contempla como un procedimiento normal para asegurar el buen funcionamiento de la sociedad. Si bien no resulta ocioso advertir que esa infravaloración de la seguridad jurídica corre pareja con la propia infravaloración del Derecho.

La génesis del *ius civile* tiene lugar en Roma a través de un acto de afirmación de la seguridad jurídica. Tras el fin de la Monarquía, en los primeros tiempos de la República, la creación, aplicación y conocimien-

to del Derecho era un privilegio de la clase patricia, ejercido por el Colegio de los Pontífices. El Derecho constituía un arcano para el pueblo, al ser monopolizado por los patricios, quienes lo utilizaban con absoluta e impune arbitrariedad. Una de las reivindicaciones básicas de los plebeyos en su lucha por la igualdad política y jurídica fue el acceso al conocimiento de las leyes, a través de su publicidad. El año 462 a.C., el tribuno Terentilio Arsa propuso que se eligieran cinco hombres que redactasen un código de leyes que reglamentara la administración de la justicia. Tras vencer la larga y tenaz oposición de los patricios (la ejecución del proyecto se retrasó ocho años) finalmente el nuevo código se grabó en Doce Tablas, que fueron expuestas en el Foro para que todos pudieran conocer las leyes.

De modo análogo se reputa el origen de la Carta Magna inglesa de 1215, uno de los textos primeros en el proceso de positivación de las libertades, como resultado de la lucha entre un rey opresor y la nobleza feudal, apoyada por los eclesiásticos y mercaderes, para poner fin a un orden jurídico arbitrario. Al igual que en caso de las Doce Tablas, en la Carta Magna se sostuvo una lucha por la seguridad jurídica con el propósito de obligar al poder a reconocerse sujeto a ciertas restricciones en la dirección de los asuntos públicos.

La apelación al valor de la seguridad como presupuesto y función de Derecho y del Estado será un lugar común en la tradición contractualista. Desde sus premisas se explica el origen de las instituciones políticas y jurídicas a partir de la exigencia —empírica o racional, utilitaria o ética, a tenor de las diversas interpretaciones del estado de la naturaleza y el pacto social— de abandonar una situación en la que el hombre posee una ilimitada (aunque insegura) libertad, a otra de libertad limitada pero protegida y garantizada. Hobbes, Puffendorf, Locke, Kant, así como la gran mayoría de contractualistas, concebirán el tránsito desde el estado de la naturaleza a la sociedad como la superación del *ius incertum* y su conversión en estado de seguridad. Tras el pacto social los sujetos contratantes sabrán a qué atenerse, les será posible calcular las consecuencias de sus actos y prever los beneficios del ejercicio de sus derechos, ahora tutelados. Incluso Rousseau, pese a su nostalgia por la simplicidad e inocencia del estado natural, reconoce que la mudanza de la libertad natural en libertad civil, regulada por la voluntad general, supone la transformación del individuo de «animal estúpido y limitado» en un «ser inteligente y humano». Rousseau, que había responsabilizado a las leyes positivas de haber destruido la libertad natural, termina por reconocerles su función de garantía de la justicia y la libertad en la convivencia social.

La seguridad por inmediata influencia de la filosofía contractualista e iluminista se convertirá en presupuesto y función indispensable de los ordenamientos jurídicos de los Estados de Derecho. Pudiera inferirse de ello que todo Derecho y todo Estado conforman, por su mera existencia, sistemas de seguridad jurídica. Pero esta acepción sociológica y em-

pírica de la seguridad no es la que se compagina con la idea del Estado de Derecho.

En su acepción estrictamente empírica puede existir una seguridad impuesta a través de un Derecho que garantice coactiva e inexorablemente el cumplimiento de una legalidad inicua. De hecho la manipulación de la seguridad jurídica por los despotismos de todo signo representa una constante histórica. En los Estados totalitarios los dogmas de plenitud y autosuficiencia del ordenamiento jurídico, el principio de la inquebrantabilidad e imponibilidad de la legalidad, la publicidad exagerada hasta la propaganda de la ley, así como el control de la discrecionalidad judicial, han sido instrumentalizados al máximo para la imposición del monopolio político e ideológico. La seguridad jurídica, así entendida y degradada, no ha impedido la promulgación de leyes dirigidas a consagrar diversas formas de discriminación racial o política y, en suma, el control opresivo de la sociedad. Estas manifestaciones de *seguridad de la inseguridad* son incompatibles con la razón de ser del Estado de Derecho. En esta forma política se instaura la protección de los derechos y libertades en la cúspide de las funciones estatales.

En el Estado de Derecho, la seguridad jurídica asume unos perfiles definidos como: *presupuesto* del Derecho, pero no de cualquier forma de legalidad positiva, sino de aquella que dimana de los derechos fundamentales, es decir, los que fundamentan el entero orden constitucional; y *función* del Derecho que «asegura» la realización de las libertades.

Con ello, la seguridad jurídica no sólo se inmuniza frente al riesgo de su manipulación, sino que se convierte en un valor jurídico ineludible para el logro de los restantes valores constitucionales.

II. CONCEPTO, ASPECTOS Y EXIGENCIAS

La *seguridad jurídica* es un valor estrechamente ligado a los Estados de Derecho que se concreta en *exigencias objetivas* de: *corrección estructural* (formulación adecuada de las normas del ordenamiento jurídico) y *corrección funcional* (cumplimiento del Derecho por sus destinatarios y especialmente por los órganos de su aplicación). Junto a esa dimensión objetiva, la seguridad jurídica se presenta, en su acepción «subjetiva», encarnada por la *certeza del Derecho,* como la proyección en las situaciones personales de las garantías estructurales y funcionales de la seguridad objetiva.

Respecto a las condiciones de *corrección estructural* suelen aducirse las siguientes:

a) *lex promulgata,* ya que la promulgación es esencial a la ley, pues sin ella no podría llegar a conocimiento de los destinatarios y, en consecuencia, no podrían cumplirla;

b) *lex manifesta,* referida a la necesidad de que las normas puedan ser comprensibles y eludan las expresiones ambiguas, equívocas u oscuras que puedan confundir a los destinatarios. La claridad normativa requiere una tipificación unívoca de los supuestos de hecho que evite, en lo posible, el abuso de conceptos vagos e indeterminados, así como una delimitación precisa de las consecuencias jurídicas, con los que evita la excesiva discrecionalidad de los órganos encargados de la aplicación del Derecho;

c) *lex plena,* el principio *nullo crimen nulla poena sine lege* garantiza que no se producirán consecuencias jurídicas penales para las conductas que no hayan sido previamente tipificadas. Pero correlativamente implica que ninguna conducta criminal o, en una acepción más amplia, ninguna situación o comportamiento susceptible de revestir trascendencia jurídica, carecerá de respuesta normativa. Un ordenamiento con vacíos normativos (lagunas) e incapaz de colmarlos incumpliría el objetivo que determina la propia razón de ser: ofrecer una solución, con arreglo al Derecho, a los casos que plantea la convivencia humana;

d) *lex stricta,* corolario de la división de poderes, reputada a partir de Montesquieu principio informador del Estado de Derecho, se *reserva la ley,* en cuanto norma general y abstracta promulgada por el Parlamento, la definición de los aspectos básicos del *status* jurídico de los ciudadanos (derechos y libertades fundamentales, responsabilidad criminal, prestaciones personales patrimoniales...). Esta cláusula de garantía tiene su complemento en el principio de *jerarquía* normativa por el que se establece un orden de prelación de las fuentes de Derecho, que impide la derogación, modificación o infracción de las normas de rango superior por aquellas que les están subordinadas;

e) *lex previa,* porque se ha indicado que así como para la concepción positivista comteana la ciencia consiste en la previsión que se introduce en el conocimiento de la realidad, según la vieja máxima *savoir c'est prévoir,* el Derecho a través de sus normas introduce la seguridad en la vida social al posibilitar la previa calculabilidad de los efectos jurídicos de los comportamientos;

f) *lex perpetua,* ya que la estabilidad del Derecho es un presupuesto básico para generar un clima de confianza en su contenido.

La *certeza del Derecho* supone la faceta *subjetiva* de la seguridad jurídica, se presenta como la proyección en las situaciones personales de la seguridad objetiva. Para ello se requiere la posibilidad del conocimiento del Derecho por sus destinatarios. Gracias a esa información, realizada por los adecuados medios de publicidad, el sujeto de un ordenamiento jurídico debe poder saber con claridad y de antemano aquello que le está mandado, permitido o prohibido. En función de ese conocimiento, los destinatarios del Derecho pueden organizar su conducta presente y programar expectativas para su actuación jurídica futura bajo pautas razonables de previsibilidad. La certeza representa la otra cara de la seguridad objetiva: su reflejo en la conducta de los sujetos del Derecho.

III. PRINCIPALES MANIFESTACIONES

Suele aducirse, en las tematizaciones doctrinales clásicas de la seguridad, una serie de supuestos a través de los cuales se comprueba su operatividad y el alcance en los ordenamientos jurídicos. Como quiera que la seguridad está presente en casi todas las esferas y problemas de la experiencia jurídica, no es posible trazar un cuadro cerrado y exhaustivo de sus manifestaciones, sino tan sólo aducir las más recurrentes y significativas.

1. *Ignorancia del Derecho*

La ignorancia del derecho ha sido uno de los supuestos tópicos a través de los que se ha pretendido ejemplarizar la tensión justicia/seguridad. A tenor del enfoque conflictual se daría una oposición insalvable entre la exigencia de seguridad jurídica al establecer que: «La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento», a tenor de lo que, por ejemplo, dispone el Código civil español (art. 6.1); y la de justicia que no puedan derivar consecuencias jurídicas desfavorables a quien sin culpa desconoce el Derecho. Este planteamiento tiende a ser superado en el Estado de Derecho, donde la *ignorantia iuris* no opera como imperativo de que todos deben conocer el Derecho, ni siquiera como presunción de que todos lo conocen; por la notoria imposibilidad material que supondría lo primero y la evidente falsedad de la segunda. La propia libertad, igualdad y dignidad de la persona humana, que constituye el soporte informador del Estado de Derecho, resulta incompatible con la atribución a la ciudadanía de deberes imposibles, o de sumisión a presunciones *iuris et de iure* manifiestamente falsas o absurdas y, por tanto, injustas. El sentido de la ignorancia del Derecho en la sociedad democrática no es otro que el de garantizar los principios de validez y eficacia del Derecho. Esa garantía requiere la sujeción general de los poderes públicos y de todos los ciudadanos al ordenamiento jurídico y, consiguientemente, la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley. La función de la ignorancia del Derecho en el Estado de Derecho es asegurar que la validez y la eficacia general de las normas no se hallará supeditada a pretextos de su desconocimiento por parte de los destinatarios obligados por ellas. Pero, al propio tiempo, el Estado social y democrático de Derecho, en cuanto entraña no sólo un orden de garantías formales sino un sistema de valores materiales, no puede permanecer insensible a las circunstancias subjetivas que inciden en el cumplimiento del Derecho.

La historia del reconocimiento de la trascendencia jurídica de la ignorancia y el error de Derecho registra un giro copernicano, que coincide con el paulatino afianzamiento del Estado social de Derecho. Los presupuestos axiológicos materiales sobre los que esta forma política se funda, se traducen en el ámbito del Derecho en una concepción de la responsabilidad jurídica cifrada en sus presupuestos subjetivos. Este

nuevo enfoque tuvo su repercusión incluso en la esfera del Derecho privado, pero ha sido en la del Derecho penal en la que ha alcanzado las más trascendentes consecuencias.

2. *Cosa juzgada*

En el lenguaje jurídico se usa la expresión «cosa juzgada» para aludir a las decisiones contenidas en una sentencia irrevocable. Se halla también consolidada en la distinción entre cosa juzgada en sentido *formal* (carácter irrevocable de la sentencia, que no es susceptible de ulterior recurso: por haberse agotado las instancias de apelación, por haber caducado el plazo para interponerlos, o por haberse desistido de su interposición); y *material* (imposibilidad de nuevo examen y/o nueva decisión sobre un proceso frente a quienes han sido partes en el mismo). Se suele aducir como fundamento de esta categoría básica de seguridad jurídica el principio procesal *ne bis in idem*. Con dicha máxima se quiere significar la necesidad de todo sistema jurídico de poner coto a la posibilidad de impugnación y revisión de las decisiones judiciales y de determinados actos administrativos. Sin ese límite se correría el riesgo de que la experiencia jurídica fuera una sucesión continua de procesos y de fallos contradictorios sobre un mismo asunto. El instituto de la *firmeza jurídica,* garantiza la estabilidad de las decisiones jurídicas. La cosa juzgada, que actúa como «verdad» jurídica, responde a diversas expectativas de seguridad jurídica: en primer lugar, a la confianza de los sujetos que exigen tener la certidumbre de que la decisión tiene existencia duradera; en segundo lugar a la exigencia de la comunidad jurídica de que, a partir de un determinado momento y por motivos de paz jurídica, se ponga fin a la duda y a la lucha por el Derecho que se busca en todo asunto concreto.

3. *Irrectroactividad y derechos adquiridos*

Se entiende por *retroactividad* la proyección del ámbito temporal de las normas a hechos o conductas previas a su promulgación. Se ha indicado que ninguna ley es retroactiva *stricto sensu,* puesto que la ley no puede ni reglamentar, ni modificar el pasado, sino sólo extender sus consecuencias jurídicas *en el presente* a situaciones que se produjeron en el pasado. Estas situaciones pretéritas, a las que se conectan las consecuencias jurídicas presentes, pueden haberse realizado por entero en el pasado (*retroactividad auténtica*), o haberse iniciado en el pasado para prolongarse hasta el presente (*retroactividad impropia*). La prohibición de retroactividad de las leyes representa una manifestación básica y específica de la seguridad jurídica. Este requisito de la legislación halló plena acogida en el célebre postulado del Iluminismo jurídico: *«Nullum crimen nulla poena sine lege»,* en el que *lege,* se entendía siempre como *lege previa.* En el clima cultural de la Ilustración, una de las más inme-

diatas matrices ideológicas del Estado de Derecho, se reputa una conquista irrenunciable del proceso racionalizador de los sistemas jurídicos el que sus normas establezcan siempre consecuencias jurídicas *ante* y no *ex post facto*. En el Estado liberal de Derecho la irretroactividad favoreció una tendencia hacia el inmovilismo jurídico. El Estado social de Derecho ha supuesto un cambio de orientación al ser incompatible con un inmovilismo normativo e institucional que se traduzca «en petrificación del ordenamiento jurídico». La seguridad jurídica adopta en esta forma política, abierta y permeable a las necesidades sociales, un sentido dinámico que implica la aceptación tácita de la cláusula *rebus sic stantibus* como criterio básico de política legislativa. En función de este postulado, la irretroactividad de las normas se considera un valor a mantener cuando persiste la *ratio legis* de las normas. Cuando, por contra, cambian las circunstancias que motivaron la promulgación de la ley, el ordenamiento jurídico en cuanto instrumento de progreso y perfeccionamiento no puede resistirse a su mutación.

Suelen entenderse por *derechos adquiridos* los válidamente constituidos y consolidados al amparo de una determinada legislación. Con el reconocimiento de los derechos adquiridos se tiende a no cuestionar las situaciones jurídicas establecidas en el pasado, para garantizar la confianza de los ciudadanos y la propia estabilidad del Derecho. La confianza del hombre en el Derecho reposa, en gran medida, en el respeto general de aquellos poderes de actuación, prerrogativas y situaciones que el ordenamiento jurídicos ha puesto a su servicio para la consecución de sus fines personales. La teoría de los derechos adquiridos ha sido frecuentemente invocada como un ejemplo de la tensión entre justicia y seguridad jurídica. La intangibilidad de los derechos adquiridos puede ser incompatible con imperativos de justicia y de bien en común. El Estado de Derecho ha supuesto un replanteamiento de los derechos adquiridos superador de la disyuntiva seguridad justicia. En el Estado de Derecho, el problema de los Derechos adquiridos no se contempla sólo como una cuestión de legalidad, sino como algo que concierne a la legitimidad. En concordancia con tales premisas el reconocimiento de los derechos adquiridos no se detiene en condiciones formales de validez de la legislación a cuyo amparo surgieron, sino que se extiende a las condiciones de justicia (exigencia de buena fe, ausencia de dolo...) que determinaron la génesis de tales derechos y su mantenimiento.

IV. PROBLEMAS ACTUALES DE LA SEGURIDAD JURÍDICA

Al promediar nuestro siglo era frecuente aludir a dos tipos de amenazas contra la seguridad jurídica: las *teóricas*, representadas por algunos continuadores del movimiento del Derecho libre, (*Freirechtsbewegung*), así como las concepciones jurídicas de los sistemas totalitarios nazi y soviético; y las *fácticas*, que procedían de la pérdida de claridad y senci-

llez de las leyes y, de forma especial, por su profusión que desemboca en la «hipertrofia legislativa» producida por un Estado convertido en *máquina de hacer leyes*. En años sucesivos, las amenazas teóricas han cambiado de signo, mientras que las fácticas se han multiplicado.

En orden a las amenazas teóricas a la seguridad, han perdido venturosamente relevancia actual las provenientes de juristas legitimadores de sistemas políticos totalitarios. La endeblez científica y el descrédito de esas tesis se ha visto agudizado por la esperanzadora dinámica de una coyuntura política internacional, que ahora se orienta hacia la consolidación de los Estados de Derecho a escala planetaria. En nuestra época, las descalificaciones ideológicas más directas contra la seguridad son las que pueden derivarse de determinadas tesis postmodernas.

Una significativa infravaloración de la seguridad jurídica se desprende de los planteamientos de la corriente hermenéutica denominada «*uso alternativo del Derecho*». Esta orientación de determinados sectores críticos y progresistas de la Teoría del Derecho, que adquiere notoria difusión en la década de los setenta, ha supuesto una radicalización, en sentido político, de las premisas metódico-jurídicas de la jurisprudencia de intereses y la Escuela del Derecho libre. El *leitmotiv* básico de tales posturas reside en denunciar la tradicional interpretación burguesa del Derecho en su propio beneficio. Frente a ello, se propugna una interpretación y aplicación «alternativas», en cuanto dirigidas al servicio de los intereses de las clases populares, instrumentalizando para ese fin las cláusulas más progresistas de los textos constitucionales y los ordenamientos jurídicos de los Estados de Derecho.

Lo que supuso para la doctrina europea continental el uso alternativo en la década de los setenta, lo ha supuesto para la anglosajona, en particular para la norteamericana, el movimiento denominado Critical Legal Studies. Se trata de un conjunto de teorías *indefinidas* en su *identidad*, a tenor de una irónica observación, sus acólitos se reúnen en Conferencias cuyo propósito incluye decidir lo que es el propio movimiento; *heterogéneas* en sus *presupuestos*, entre los que se incluyen el realismo jurídico norteamericano, el marxismo jurídico, la teoría crítica de la sociedad de la Escuela de Frankfurt, el postmodernismo cultural...; y *contradictorias* en sus *objetivos*. Así mientras los más proclives a la teoría crítica pretenden ofrecer una visón global «desmitificadora» de las funciones del Derecho en la sociedad, los más influidos por la mentalidad postmoderna optan por análisis locales dirigidos a la «deconstrucción» de determinados discursos y categorías jurídicas. Pese a esa disparidad teórica, en el terreno que aquí nos incumbe cabe apuntar como rasgo común a estas doctrinas su prolongación, animada de una teoría progresista análoga al uso alternativo del Derecho de las tesis del realismo jurídico norteamericano en orden a: la indeterminación lingüística del Derecho, el consiguiente e inevitable protagonismo de la función judicial en la producción normativa, y la también inevitable politización de los ar-

gumentos normativos que, lejos de obedecer a premisas lógico-formales, responden a opciones ideológicas con su carga de contingencia e irracionalidad.

Estos intentos de politizar abusivamente la interpretación del Derecho, mediante el reforzamiento del arbitrio judicial (*Richtermacht*), entrañan un ataque frontal a la seguridad jurídica, postulado básico del Estado de Derecho. La historia constitucional muestra que la tesis alternativa no implica la asunción necesaria de posiciones jurídicas progresistas, sino que esa instrumentalización del Derecho puede degenerar en fenómenos regresivos de «neonazismo jurídico». En las democracias pluralistas, el «uso alternativo del Derecho», puede incubar «abuso alterativo del Derecho», en que el asalto a la seguridad jurídica se traduzca en agresión a las garantías esenciales del propio Estado de Derecho.

Ha sido en el terreno de los *hechos* desde donde, sin resquicio a duda, se han perpetrado los ataques más implacables al valor jurídico de la seguridad. Es el nuestro un tiempo caracterizado por la ampliación de las tareas de los poderes públicos. El tránsito del Estado Liberal al Estado social de Derecho ha comportado una presencia creciente de los órganos administrativos en diferentes sectores de la sociedad civil. Pero la satisfacción de esa «procura existencial» (*Daseinvorsorge*), a través de las consiguientes prestaciones y servicios públicos, que distingue al *Welfare State,* ha tenido su coste en términos de erosión del principio de la legalidad. La multiplicación de intervenciones normativas del Estado se realiza, las más de las veces, por vía de medidas o providencias administrativas. Con ello, se disuelve la tradicional división de funciones entre el legislativo y el ejecutivo: las clásicas leyes formales (*Rechtsgesetze*) se han visto, de forma paulatina, suplantadas por leyes medida (*Massnahmegesetze*).

La *inflación normativa* se ha visto acompañada del grave menoscabo de la propia estructura formal de las normas legales. La certeza del Derecho, en cuanto posibilidad real de sus destinatarios de conocer y cumplir sus prescripciones se ha resentido del aluvión normativo y de su continua modificación, pero en grado no menor de la *prolijidad, complejidad y equivocidad del lenguaje* en el que son expresadas las disposiciones legales. En estas circunstancias no sólo los ciudadanos, sino incluso el mismo legislador y los juristas —funcionarios administrativos, jueces o abogados— tienen graves dificultades para conocer y aplicar el Derecho.

El flujo incesante de leyes y decisiones jurisprudenciales, cuyo exacto y puntual conocimiento es imprescindible para el funcionamiento correcto del sistema jurídico, hace materialmente imposible su discernimiento, interpretación y aplicación por los operadores jurídicos. La crisis de la información jurídica —según el certero diagnóstico de Spiros Simitis— precipita en las tinieblas al ordenamiento jurídico. La transparencia del sistema normativo, que es presupuesto básico de la certeza del Derecho, se ve suplantada por su creciente opacidad e inescrutabili-

dad: el Derecho positivo deviene, por tanto, inaccesible para los propios especialistas. El valor de la seguridad jurídica se resquebraja por el menoscabo de la vigencia del ordenamiento jurídico, muchas de cuyas normas permanecen inoperantes por falta de información.

Ante esa situación, que ha sido calificada como de decadencia de la seguridad jurídica, y en la que la certeza del Derecho se halla más próxima al mito que a la realidad, se hace apremiante la búsqueda de soluciones que restituyan la seguridad perdida. Entre ellas, quizás la que hoy ofrece mayores y más estimulantes posibilidades sea la informática. La crisis de la seguridad se enmarca en un proceso de crisis de adaptación de los conceptos y categorías jurídicas heredados del pasado a las exigencias de la sociedad tecnológica. En consecuencia, las aportaciones de la *Informática jurídica*, es decir, de la disciplina que aborda la proyección de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación al Derecho, representan la respuesta inevitable para tratar de resolver aquellos problemas jurídicos para los que los métodos tradicionales han perdido capacidad operativa.

La crisis de información y documentación en el Derecho de las sociedades tecnológicamente avanzadas, producida por la avalancha de legislación, jurisprudencia y doctrina, sólo puede ser, a su vez, contrarrestada poniendo en juego medios proporcionados, o sea, del adecuado empleo de la tecnología informática y los sistemas de teledocumentación. Sólo así el jurista se halla en condiciones de restablecer un equilibrio entre el incesante flujo de datos jurídicos y su capacidad para asumirlos y aprovecharlos.

En el plano de la *técnica legislativa* , la Informática jurídica está en condiciones de prestar servicios relevantes a la seguridad. Puede contribuir a la normalización del lenguaje legal al posibilitar el control de la univocidad, precisión y claridad formales de las expresiones normativas. Al tiempo que permite el establecimiento de índices de vigencias legislativas y sistemas automatizados de localización de eventuales antinomias. Y en lo que concierne a la *documentación jurídica legislativa, jurisprudencial y doctrinal,* los bancos de datos automatizados representan hoy el único medio válido para su almacenamiento (*storage*) y recuperación (*retrieval*) con las debidas garantías de celeridad y exhaustividad.

Es obvio que para el logro de la seguridad jurídica se requiere el adecuado planteamiento político y la correcta organización técnica de los sistemas informatizados. Así, las bases o bancos de datos jurídicos deberán garantizar la *calidad* de las informaciones almacenadas, es decir, su veracidad, objetividad, exhaustividad y actualización; y, al propio tiempo, su *seguridad* para evitar la destrucción, cancelación no autorizada, la pérdida o la manipulación de las mismas. Estas garantías, comunes al funcionamiento de cualquier banco de datos, asumen especial trascendencia para la seguridad jurídica por el efecto multiplicador que, para bien o para mal, se deriva de las proyecciones de las nuevas tecnologías.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV. (1986), *La Seguridad Jurídica y el Notariado,* Edersa, Madrid.

AA.VV. (1990), *Seminario sobre «Seguridad Jurídica»,* Consejo General del Notariado-Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Madrid.

Calderón, A. (1885), «Efectos jurídicos de la ignorancia»: *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 66, 123-142.

Costa, J. (1901), *El problema de la ignorancia del Derecho y sus relaciones con el status individual, el referéndum y la costumbre,* Imprenta de San Francisco de Sales, Madrid; también *Ibid.*, S. Sentís Melendo (ed.), Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1957.

Dorado Montero, P. (1895), «Sobre la ignorancia de la ley penal», en Id., *Problemas de Derecho penal,* Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 408-429.

Gaya Sicilia, R. (1987), *El principio de irretroactividad de las leyes en la jurisprudencia constitucional,* Montecorvo, Madrid.

Hierro Sánchez-Pescador, L. L. (1989), «Seguridad Jurídica y actuación administrativa»: *Documentación administrativa 218-219,* 197-210.

Lalaguna, E. (1983), «La ignorancia de la Ley y el error de Derecho», en *Estudios de Filosofía del Derecho y Ciencia Jurídica en Memoria y Homenaje al catedrático Don Luis Legaz y Lacambra (1906-1980) I,* Centro de Estudios Constitucionales-Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 661-677.

Lima Torrado, J. (1990), «El fundamento del principio "la ignorancia de la ley no excusa su cumplimiento" en la obra de Francisco Suárez *Tractatus de Legibus ac Deo legislatore*»: *Boletím da Facultade de Dereito da Universidade de Coimbra LXV,* 3-16.

López Medel, J. (1961), «La seguridad jurídica como tema de la Filosofía del Derecho»: *Estudios de Deusto 18/IX*, 604-621.

López Menudo, F. (1982), *El principio de irretroactividad en las normas jurídico-administrativas,* Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla.

López Menudo, F. (1990), «El principio de irretroactividad de las normas en la jurisprudencia constitucional», en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría I,* Civitas, Madrid, 455-508.

Lucas, J. de (1987), «Nota sobre el principio kantiano de publicidad»: *Dianoia 1*, 131-148.

Lucas, J. de (1989), «Sobre la Ley como instrumento de certeza de la Revolución de 1789»: *Anuario de Filosofía del Derecho* 6, 129-134.

Martínez Roldán, L. (1988), «La seguridad jurídica, realidad o ilusión», en *Colección de Estudios Jurídicos. Homenaje al profesor Pérez Montero,* Universidad de Oviedo, Oviedo, 893-911.

Mezquita del Cacho, J. L. (1989), *Seguridad jurídica y sistema cautelar,* 2 vols., Bosch, Barcelona.

Peces-Barba, G. (1990a), «La seguridad Jurídica desde la Filosofía del Derecho»: *Anuario de Derechos Humanos* 6, 215-229.

Peces-Barba, G. (1990b), «Seguridad jurídica y solidaridad como valores de la Constitución española», en AA.VV., *Funciones y fines del Derecho. Estudios en Honor del profesor Mariano Hurtado Bautista,* Universidad de Murcia, Murcia, 247-272.

Pérez Luño, A. E. (1990a), «Las tensiones axiológicas de la seguridad», *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha 10*, 17-53.
Pérez Luño, A. E. (1990b), «Seguridad jurídica y sistema cautelar»: *Doxa 7*, 327-340.
Pérez Luño, A. E. (1991), *La seguridad jurídica,* Ariel, Barcelona.
Pérez Luño, A. E. (1992a), «La seguridad como función jurídica», en AA.VV., *Funciones y fines del Derecho. Estudios en Honor del profesor Mariano Hurtado Bautista,* Universidad de Murcia, Murcia, 273-289.
Pérez Luño, A. E. (1992b), «La seguridad jurídica en el Estado de Derecho», en *Ius et Praxis. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima 16*, 33-54.
Rodríguez-Arias Bustamante, L. (1960), «Justicia y Seguridad», en *Estudios jurídicosociales. Homenaje al profesor Luis Legaz Lacambra,* Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 353-378.

LA IGUALDAD ANTE LA LEY

Javier de Lucas

I. LA IDEA DE IGUALDAD COMO ARTIFICIO FRENTE A LA DESIGUALDAD NATURAL

La igualdad no puede ser sino un constructo, un artificio. La naturaleza, pese al empeño de Rousseau, no nos ha hecho iguales. Como señala Ferrajoli (1993, 55), el gran error de la tradición clásica que va de Aristóteles a Hobbes, de Locke a Rousseau y buena parte de los ilustrados, es argumentar la defensa de la igualdad en términos de argumentos fácticos de orden cognitivo (somos iguales porque todos morimos o porque todos nos podemos dañar o porque tenemos las mismas facultades e inclinaciones). Pero sucede que la situación de hecho no es la igualdad: la naturaleza nos ha hecho desiguales, como muestra a las claras el mismo hecho del nacimiento, que ofrece no sólo la diversidad, sino también la desigualdad en talentos, en condiciones físicas, en salud, etc. Por nacimiento somos absolutamente desiguales, hasta dividir el mundo en dos a partir del género: hombres o mujeres. Y del nacimiento, es decir, de la naturaleza —o del destino, aunque también se suma a ello la sociedad— derivan también dos desigualdades básicas: la de la riqueza y la de la adscripción a un Estado nacional (que, como veremos, tiene mucho que ver con todo lo demás). Cierto es, de todas formas, que no deberíamos confundir diversidad (diferencia) y desigualdad o, más claramente, que no podemos contraponerlas simétricamente, porque tampoco la igualdad es identidad —sería homogeneidad—, ni semejanza —pues no prescinde de los elementos diferenciadores— (Gianformaggio, 1995, 123 ss; Prieto, 1995, 5). La igualdad parte de la diversidad, es decir, de una situación de hecho en la que hay en parte igualdad y en parte diferencias. La diversidad —la diferencia— se contrapone a la homogeneidad, a la identidad, no a la igualdad. Las primeras se sitúan en el plano descriptivo; la segunda, no. Por la misma razón, no es argumento

contra el principio (normativo) de la igualdad su violación (la existencia de conductas contrarias a la norma), esto es, el *hecho* de que existan desigualdades o discriminaciones.

Por eso, decir igualdad exige otro punto de vista que el descriptivo. Cualquiera de los análisis clarificadores del concepto de igualdad[1] subraya que el punto de partida es precisamente éste: la igualdad sólo puede ser admitida como concepto normativo, como idea, como respuesta: y ése es el sentido de la igualdad ante la ley, la isonomía, pero, sobre todo, es el gran hallazgo de los revolucionarios franceses más que de los americanos, cuando proclaman la igualdad *en droits* de todos los hombres (pues la Declaración de 1776 afirma todavía la igualdad como un hecho: «Todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes»). Proponemos la igualdad, afirmamos que debemos tratar igual y eso significa, como escribe Bobbio (1993, 54), que debemos realizar dos precisiones: fijar los sujetos del universo del que trataremos de afirmar la igualdad, es decir, ¿entre quiénes?, e inventar una referencia: ¿ante qué o quién?, ¿qué es lo que nos transforma, para sacarnos de nuestro ser, de nuestra naturaleza desigual, y justificar así la pretensión de juzgarnos como iguales?

En el mundo clásico, sólo habría un punto común, el destino, la muerte, la voluntad de los dioses; frente a ello, no hay más que hombres y, en ese sentido, iguales. Como nos explica con toda claridad la propuesta de Platón[2] en *Las Leyes* (el gobierno de leyes, que recogerá Aristóteles), frente al modelo inicial de *La República,* hasta que las leyes de los hombres no sustituyen a la otra Ley, la de la naturaleza o la divinidad, no hay igualdad como decisión, sino como imposición: la única igualdad nos es impuesta. Hay excepciones, las de aquellos que se rebelan contra la imposición, porque escogen abrazar su propio destino o luchar estérilmente contra él. Son los primeros en reclamar su irrepetibilidad personal: el héroe, cuya grandeza estriba en esa tarea hercúlea e inaccesible que hace posible la tragedia; el sabio, que reconoce la imposibilidad de todo esfuerzo desde la lucidez del conocimiento; y, más tarde, el hereje, el que disiente para afirmar su propia individualidad.

Tampoco es igualdad la primera forma de la igualdad ante la ley: la de los súbditos ante la palabra/voluntad/ley del rey, porque ante éste, como ante el padre, no hay en realidad igualdad formal; es cierto que puede igualarnos la condición de súbdito (no tenemos derecho alguno

1. Sugiero al lector en este primer momento, dos trabajos de F. Laporta (1985 y 1994).

2. Aunque, como se ha subrayado, quizá la formulación más bella que ofrece la antigüedad clásica es la de Eurípides: «No hay peor enemigo de una ciudad que un tirano, cuando no predominan las leyes generales y un solo hombre tiene el poder, dictando las leyes para sí mismo y sin ninguna equidad. Cuando hay leyes escritas, el pobre como el rico tienen igual derecho» (*Las suplicantes,* 429-434). Es la misma advertencia que encontramos en la primera definición de democracia que según Heródoto habría propuesto el persa Otanes: la combinación de isonomía e isocracia.

y en eso estamos iguales, al ras), pero la arbitrariedad nos distinguirá muy pronto, haciendo nacer los privilegios y, en todo caso, dejándonos en condiciones desiguales según nuestra pertenencia (de nacimiento) a uno u otro estamento, o al aparato/camarilla que rodea al autócrata (como en la célebre afirmación del personaje de *Animal Farm,* de Orwell: «Todos somos iguales, pero unos más iguales que otros»). La igualdad ante la ley no es igualdad impuesta o, mejor, puede y debe no serlo, sino igualdad acordada y, por ello, más igualdad. La igualdad como esfuerzo artificial es una lucha contra todo eso. Una lucha que comienza con la destrucción de esa figura vicaria que nos iguala: el rey absoluto/padre y señor. Una lucha que, en la versión de la igualdad ante la ley, no acaba de ganar todo el terreno, aunque da pasos. La igualdad ante la ley está ganando, ha ganado, algunos de esos embates. Hoy todavía la naturaleza lleva las de ganar, dicta su ley (otra ley, la ley natural) en tres ámbitos fundamentales: la desigualdad en la salud, la desigualdad en el sexo, la desigualdad en el nacimiento —en la adscripción por nacimiento a uno u otro Estado nacional—. Aunque la ciencia es un poderoso aliado: ya nadie es igual ante la muerte, ni ante la enfermedad, pero tampoco tenemos por qué someternos a las desigualdades que nos impuso la naturaleza: al igual que Jackson cambia de piel; las abuelas pueden gestar; los estériles, concebir; los que carecen de riñón, obtenerlo....

II. LA IGUALDAD ANTE LA LEY

Como hemos visto, la noción jurídica de igualdad es, por definición, normativa, valorativa, relacional. Eso significa que lo que hace el Derecho es una tarea clasificadora y de justificación, que consiste en establecer los criterios (legítimos) conforme a los cuales se tratará una situación en términos de equiparación (que no necesita en principio justificación), o bien en los de discriminación (que ha de ser justificada). Dicho de otro modo, si, como resume Comanducci (1992, 108), el juicio de igualdad es el instrumento a través del cual «se describe, se instaura o se prescribe una relación comparativa entre dos o más sujetos u objetos que poseen al menos una característica relevante en común», su cometido consiste precisamente en establecer cuándo, cómo y por qué hay que equiparar o diferenciar en el trato a personas, conductas o situaciones. El núcleo, pues, como se ha advertido (Ferrajoli, 1993, 50 ss y 1994, 476 ss; Laporta, 1985, 18 ss; Calsamiglia, 1989, 109 ss; Prieto, 1995, 3 ss), es la tarea de justificar la valoración y la consiguiente propuesta —que eso es la norma— de equiparación o de discriminación de aquéllas.

Lo cierto es que, en la búsqueda de esos criterios, el Derecho puede arbitrar diversas soluciones: puede proclamar un principio general (con aspiración de universalidad), según el cual todos los seres humanos so-

mos «iguales ante la ley», o que «la ley es igual para todos» —isonomía en sentido estricto—. Puede, además, adoptar diferentes criterios en relación con la relevancia de las diferencias, y así, como recuerda Ferrajoli, establecer la indiferencia jurídica de las diferencias, la diferenciación jurídica entre ellas (privilegiando algunas y discriminando negativamente otras), la negación jurídica de todas las diferencias o la igual valoración jurídica (positiva) de todas ellas.

En puridad, la afirmación abstracta y universalizante de la igualdad de todos ante la ley, es idéntica al principio de justicia como imparcialidad y significa sobre todo el fin del *ancien régime*, de los estamentos y, por ello, de los fueros y privilegios. En ese sentido, como escriben Peces-Barba o Pérez Luño, «la igualdad como generalización expresa la superación del privilegio otorgado a un sector de ciudadanos y la construcción de las normas jurídicas como dirigidas a un abstracto *homo iuridicus,* que es el hombre y el ciudadano» (Peces-Barba, 1992, 187 ss; Pérez Luño, 1987, 144). Lo novedoso no es tanto la igualdad ante la ley, sino la igualdad «en» la ley, la aplicación igual de la ley. Creo que en alguna medida se puede relacionar esta precisión con la distinción propuesta por Bobbio (1993, 97) entre igualdad frente a la ley e igualdad en los derechos (o de los derechos, según las diversas formulaciones):

> La igualdad en los derechos (o de los derechos) significa algo más que la mera igualdad frente a la ley como exclusión de toda discriminación no justificada: significa gozar igualmente, por parte de los ciudadanos, de algunos derechos fundamentales constitucionalmente garantizados [...] mientras que la igualdad frente a la ley es sólo una forma específica e históricamente determinada de igualdad de derecho o de los derechos [...] la igualdad en los derechos comprende, más allá del derecho a ser considerados iguales frente a la ley, todos los derechos fundamentales enumerados en una constitución, como son los derechos civiles y políticos, generalmente proclamados (lo que no quiere decir reconocidos de hecho) en todas las constituciones modernas.

La dificultad fundamental radica, como se ha destacado, en que siendo el núcleo de la igualdad ante la ley la elucidación de los criterios de relevancia jurídica de las diferencias, éstos son inevitablemente históricos, contextuales, vinculados a la práctica social, a los conflictos encabezados por los movimientos o grupos sociales. Eso explica la impresionante transformación o despliegue del principio de igualdad ante la ley en los dos últimos siglos, que afecta sobre todo a los dos supuestos específicos en los que —como señala Peces-Barba— se ha desplegado el principio genérico de igualdad ante la ley, que atienden respectivamente a las situaciones en las que se consideran irrelevantes jurídicamente las diferencias («igualdad de trato formal como equiparación», es decir, principio de no discriminación: así sucede con raza, religión, etc.), o relevantes («igualdad de trato formal como diferenciación», que supone que a algunos efectos —siempre se trata de cuestiones a determinar empíricamente— la edad, la riqueza u otra la diferencia se torna significativa). La

dificultad en la toma de conciencia acerca de la falta de justificación, es decir, de relevancia jurídica, de la raza o del sexo, que está detrás de dos ejemplos de luchas sociales que se encuentran lejos de su conclusión, es suficientemente elocuente. Con todo, como señala Bobbio, el principio de relevancia jurídica de las diferencias manifiesta hoy su aspecto más intresante en relación con lo que él mismo denomina «el proceso de especificación de los derechos», donde la igualdad de trato formal como diferenciación «se extiende tambien a la atribución de derechos a titulares que [...] se encuentran en inferioridad por razones culturales, físicas o de situación». Esto nos lleva a una consideración específica de la manifestación más conocida de esta formulación, las políticas de discriminación positiva o inversa.

III. EL PROBLEMA DE LA DISCRIMINACIÓN INVERSA

Como decía, uno de los problemas de la igualdad es distinguir desigualdad y diversidad y, por consiguiente, tener claro que la igualdad ante la ley no tiene como objetivo acabar con la diversidad, con la diferencia, sino hacerla realmente posible para que no signifique ya discriminación injustificada, desigualdad inadmisible. Es verdad que, en último extremo, habrá siempre un problema de igualdad material, pero se puede —y se debe— avanzar mucho en la igualdad ante la ley para obtener la protección de la diversidad.

El mejor ejemplo es el que ofrece un tipo de acciones que se sitúan entre las exigencias de la igualdad ante la ley y las de la igualdad material. Me refiero a lo que llamamos políticas de discriminación inversa y que se dirigen a restañar los efectos de desigualdades previas, duraderas y que afectan a los individuos que pertenecen a determinados colectivos que, por ciertas características, padecen históricamente una situación de grave desventaja. Se trata de una manifestación específica de las políticas de diferenciación para la igualdad (comúnmemnte llamadas «acción afirmativa»), que la mayor parte de nuestras sociedades ponen en práctica, con medidas que van desde la política de becas en educación a los sistemas progresivos en la carga fiscal[3] (basadas en el principio de igualdad como diferencia de trato[4]: a quien es desigual, a aquél en quien concurren diferencias que debemos calificar como relevantes y que sin embargo no nos parece aceptable que se traduzcan en desventajas, hay que tratarle de otro modo). Lo que entre todas esas medidas caracteriza específicamente a la discriminación inversa, como sostiene Ruiz Miguel, es que esta política en sí no es sólo desigualitaria, sino discriminatoria (aunque «justamente» discriminatoria), por-

3. Cf. Ruiz Miguel, 1994, 78 ss, donde se encontrará una excelente exposición del problema.

4. Como señala Peces-Barba, 1992, 187.

que parte de la relevancia de elementos de diferencia en principio permanentes (sexo, raza), no queridos, y que llevan consigo una situación de desventaja social. Junto a ello, la discriminación inversa se da en situación de concurrencia y escasez[5], y por eso su manifestación más clara es la política de cuotas.

La justificación de la discriminación inversa como mera compensación es criticable, porque compensación implica responsabilidad y, en estos casos, al tratarse de colectivos (los rasgos diferenciales en cuestión no corresponden a individuos, sino a grupos) resulta muy difícil delimitar el sujeto, sobre todo extender la titularidad activa (¿por qué los niños varones que nacerán dentro de x años han de sufrir las consecuencias de la desigualdad impuesta por los varones durante 25 siglos?) y pasiva de la responsabilidad (¿todos los individuos de raza negra, para siempre?). Quizá puede relativizarse este tipo de objeciones reconociendo que las medidas en cuestión no son principios, sino actuaciones a plazo. Sin embargo, la justificación más clara es la que resulta del argumento de que se trata de vías para evitar la exclusión, para producir integración igualitaria, equilibrio social, exigencias derivadas de la igualdad, pero también de la solidaridad, como he tratado de explicar en otros lugares[6]. Por supuesto, que aceptemos esa justificación no significa que todas las medidas estén justificadas; dependerá, en primer lugar, de condiciones empríricas, relativas entre otros aspectos a los efectos secundarios que produzcan, a la adecuación real a las necesidades e incluso a los posibles efectos perversos (por ejemplo, una política de cuotas laborales, enunciada sin más, puede tener como consecuencia que se reserven los puestos que nadie desea para el colectivo en cuestión). Pero, sobre todo, el juicio sobre estas políticas depende de que superen las objeciones relativas al equilibrio con el principio meritocrático (a cada cual según sus capacidades): esto es, que sean tan relevantes que justifiquen la limitación (no la anulación) concreta y temporal del principio del mérito. Más difícil me parece conjugar la defensa de las políticas de discriminación inversa con el principio que exige tratar a cada individuo en sí y no como parte de un grupo —en definitiva, como un medio—. Sin embargo, me parece que aquí estamos ante un problema similar al de los derechos de las minorías: no se resuelve la cuestión con el planteamiento clásico, liberal, de reconocer derechos a los individuos, porque el problema nace de la pertenencia al grupo y no puede resolverse en el plano individual.

IV. CODA: EN LOS LÍMITES DE LA IGUALDAD ANTE LA LEY

El carácter prescriptivo de la igualdad ante la ley, mejor, su condición de idea regulativa, de horizonte al que nunca se acabará de llegar —en

5. Sobre ello, Threflfall, 1994, 199 ss.
6. Cf. por ejemplo, De Lucas, 1994.

corto: de utopía— se advierte hoy con mucha claridad ante los desafíos que plantean las minorías y los extranjeros. No es el lugar para desarrollar con extensión estas consideraciones, pero sólo apuntaré que, a propósito de las minorías —de cierto tipo de minorías, desde luego; me refiero sobre todo a las minorías culturales, pues el problema de las minorías nacionales es de otro orden—, se ponen de relieve las aporías del discurso liberal en punto a la igualdad y aun de la igualdad ante la ley, pues no basta con la respuesta de la igualdad de trato formal como diferenciación, la más satisfactoria, desde luego, pero insuficiente si se piensa que la demanda supera los derechos individuales para alcanzar los colectivos.

Más grave —por lo urgente— es quizá el problema de los límites del principio de igualdad ante la ley en relación con los extranjeros. En alguna ocasión he utilizado la metáfora de la «institucionalización jurídica de la xenofobia» para referirme a la pretendida condición «natural» de la discriminación entre ciudadanos (nacionales) y extranjeros, que es tan sólo la muestra de un estadio en la conciencia histórica, ligado al modelo de Estado nacional. La ciudadanía nacional, en ese sentido, como apunta por ejemplo Ferrajoli, es cada vez más percibida como un privilegio difícilmente conciliable con el principio de igualdad, pero estamos todavía lejos de ofrecer una respuesta satisfactoria a esta deficiencia.

BIBLIOGRAFÍA

Benn, S. L., y Peters, R. S. (1959), *Social principles and the democratic State*, London.

Bobbio, N. (1993), *Igualdad y libertad*, P. Aragón (trad.), Paidós, Barcelona.

Calsamiglia, A. (1992), «Sobre el principio de Igualdad», en G. Peces-Barba (ed.), *El Fundamento de los Derechos Humanos*, Debate, Madrid.

Cano Mata, A. (1983), *El principio de igualdad en la doctrina del tribunal constitucional*, EDERSA, Madrid.

Dahrendorf, R. (1972), «On the origins of social inequality», en Laslett y Runciman (eds.), *Philosophy, Politics and Society*, Blackwell, Oxford.

De Lucas, J. (1994), «La polémica sobre los deberes de solidaridad»: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales 19*, 9-90.

De Otto, I. (1985), «El principio general de igualdad en la Constitución española», en *Igualdad, desigualdad y equidad en España y México*, Colegio de México, México.

Dworkin, R. (1978), «Liberalism», en S. Hampshire (ed.), *Public and private Morality*, Cambridge University Press, Cambridge.

Dworkin, R. (1981), «What is Equality»: *Philosophy and Public Affairs 4/10*.

Eckhoff, T. (1974), *Justice. Its determinants in social interaction*, Rotterdam University Press, Rotterdam.

García Amado, J. A. (1987), «Problemas metodológicos del principio constitucional de igualdad»: *Anuario de Filosofía del Derecho IV*.

Haarscher, G. (1984), «The idea of Equality», en AAVV, *L'Egalité IX*, Bruylant, Bruxelles.

Hesse, K. (1984), «Der Gleichheitsaatz in der Verfassungsentwicklung»: *Archiv des Öffentlichen Rechts 109*.

Jiménez Campo, J. (1983), «La igualdad jurídica como límite frente al legislador»: *Revista Española de Derecho Constitucional 9*.

Kelsen, H., *Teoría Pura del Derecho,* UNAM, México.

Lakoff, S. A. (1964), *Equality in political philosophy,* CUP, Cambridge, Massachusetts.

Laporta, F. (1985), «El principio de igualdad: introducción a su análisis»: *Sistema 67*.

Laporta, F. (1994),«Problemas de la igualdad», en A. Valcárcel (ed.), *El concepto de igualdad*, Pablo Iglesias, Madrid.

Peces-Barba, G. (1991), *Curso de Derechos Fundamentales I,* Eudema, Madrid.

Prieto Sanchís, L. (1990), *Estudios sobre Derechos Fundamentales*, Debate, Madrid.

Ruiz Miguel, A. (1994), «Discriminación inversa e igualdad», en A. Valcárcel (ed.), *El concepto de igualdad*, Pablo Iglesias, Madrid.

Threlfall, M. (1994), «Límites de las políticas de igualdad en las sociedades satisfechas», en A. Valcárcel (ed.), *El concepto de igualdad*, Pablo Iglesias, Madrid.

DERECHOS FUNDAMENTALES

Luis Prieto Sanchís

I. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO EXIGENCIAS MORALES

El concepto de derechos humanos o fundamentales parece adolecer de una vaguedad congénita, que acaso resulte insuperable si no es por la vía de alguna definición estipulativa. En el lenguaje corriente, pero también en círculos lingüísticos más tecnificados, los derechos del hombre se invocan con una alta carga emotiva para referirse prácticamente a cualquier exigencia moral que se considere importante para la persona, para una colectividad o para todo un pueblo, y cuyo respeto o satisfacción se postula como una obligación de otras personas, en particular de las instituciones políticas, nacionales o internacionales. Naturalmente, ello ha facilitado, no ya un cierto abuso lingüístico, sino también a veces una utilización meramente retórica o propagandística de la expresión, de manera que podemos encontrar la bandera de los derechos humanos encubriendo realidades o proyectos políticos contradictorios entre sí, cuando no otros que de modo palmario se sitúan en las antípodas de lo que fueron sus supuestos filosóficos.

En este aspecto los derechos fundamentales han sido seguramente víctimas de su propio éxito, heredado a su vez del extraordinario prestigio acumulado por los derechos naturales. Éstos, en efecto, aparecen como la dimensión subjetiva y, al mismo tiempo, como la clave de bóveda de aquella filosofía política liberal que hizo del individuo el centro y la justificación de toda organización política, que rehusó ver en el Estado una finalidad propia, trascendente o transpersonal a los derechos e intereses de cada uno de sus miembros y, por tanto, que concibió el ejercicio del poder como un proceso que tenía su punto de partida y su juez supremo en la voluntad de ciudadanos iguales. Basta leer los textos del constitucionalismo norteamericano o la Declaración francesa de 1789 para comprobar ese carácter instrumental del Estado y del Derecho ob-

jetivo al servicio de los derechos naturales; aquéllos no tienen más justificación que la mejor garantía de los derechos y, en la medida en que se separen o traicionen dicho objetivo, decae su legitimidad y, con ello el vínculo de obediencia que liga a los ciudadanos.

En esta extraordinaria fuerza vinculante reside seguramente la singularidad de los derechos fundamentales. Ellos encarnan exigencias morales importantes, pero exigencias que pretenden ser reconocidas como derechos oponibles frente a los poderes públicos; lo cual, desde la perspectiva positivista, encierra un reto importante: los derechos, como el resto del ordenamiento jurídico, son obra del poder político y, sin embargo, consisten precisamente en limitar ese poder. Por ello la historia jurídica de los derechos se confunde con la historia del constitucionalismo, que pretendió diseñar un modelo de convivencia política donde el Estado y su Derecho actuasen sometidos a un orden superior, la Constitución, cuya fuente, en hipótesis, habrían de ser los propios ciudadanos. Esto explica asimismo la acusada tendencia a la internacionalización de los derechos, pues, si bien el Derecho internacional sigue siendo un derecho bastante primitivo e ineficaz, su vocación ha sido siempre imponer límites u obligaciones a la actuación del poder, un poder que en el mundo moderno reside en los Estado nacionales.

Como es lógico, y aun cuando tampoco faltasen voces disidentes, en el marco histórico en que los derechos naturales adquieren esta dimensión individualista y revolucionaria, quedaba relativamente claro cuáles eran las exigencias morales importantes que los mismos encarnaban. Por ejemplo, en la influyente pluma de Locke se trataba de la vida, de la libertad y de la propiedad (Locke, 1969, 93), y, algo más tarde, Kant consideraba sólo dos derechos innatos, la libertad y la igualdad (jurídica o formal) (Kant, 1989, 48-49); todo lo cual, por cierto, podía ser compatible con la aceptación de la esclavitud o la defensa del sufragio censitario. Estaba también bastante claro que el Estado debía limitar su función a establecer las condiciones de seguridad jurídica donde cada individuo pudiera ejercer su libertad y probar su fortuna.

Pues bien, cabe decir que la falta de certeza en que se mueve hoy el concepto de derechos humanos obedece en buena parte a que ha triunfado la dimensión funcional sobre la material o morfológica; es decir, se sigue haciendo uso de la expresión para referirse a las exigencias morales importantes que postulan su reconocimiento y defensa por parte de la comunidad política, pero con la no pequeña diferencia de que las cosas importantes ya no son las mismas, ni son entendidas de la misma forma por todos. Por eso, el disgusto que muestran los teóricos contemporáneos ante la heterogeneidad de ingredientes que a veces se integran bajo el concepto de derechos humanos, resulta muy comprensible y loable si se trata sólo de un llamamiento al rigor y a la racionalidad en orden a establecer qué exigencias morales ostenta el hombre frente a la colectividad, y cuáles son las más importantes. Pero es menos comprensible si se trata sólo de defender que las exigencias morales importantes

siguen siendo hoy las mismas que en la segunda mitad del siglo XVIII, pues esto ya no es una necesidad teórica o conceptual, sino una toma de postura ideológica. Dicho de otro modo, o nos quedamos con el catálogo de derechos del liberalismo, pero entonces no venimos obligados a sostener que con él se agotan las exigencias morales frente a la comunidad y al Estado, o nos quedamos con la dimensión funcional, pero entonces no debe causar escándalo la ampliación o modificación de ese catálogo, siempre naturalmente que pueda apoyarse en algún fundamento racional.

Esto pone de relieve la inextricable conexión entre concepto y fundamentación de los derechos (Lucas, 1992, 13), pues estipular qué condiciones deben presentar ciertos objetos valiosos en la vida de las personas para merecer el nombre y el status jurídico de los derechos fundamentales, equivale a una toma de posición acerca de cuáles son esos objetos, y de ahí que el catálogo de derechos propuesto por Locke o por la Declaración de 1789 encierre, no ya una opción conceptual, sino toda una concepción política y moral acerca del modelo de convivencia. En realidad, como hemos dicho, lo que ha ocurrido es que ha terminado imponiéndose la dimensión funcional, de manera que los derechos no son éstos o aquéllos, sino el soporte o recipiente institucional que pretende traducir en requerimientos jurídicos esas exigencias morales importantes, recogiendo en cada momento el contenido de la deuda que el Estado o la colectividad tiene contraída con cada uno de sus miembros. A ello responde precisamente la idea de que existen varias generaciones de derechos humanos y, por tanto, de que la deuda es históricamente variable.

II. CARACTERIZACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Pero que resulte variable no significa que sea arbitraria, y ahora es cuando entran en escena las que podríamos llamar restricciones conceptuales de los derechos humanos, es decir, aquellos criterios que permiten discernir cuándo estamos en presencia de una exigencia moral y, más específicamente, cuándo esa exigencia merece el calificativo de importante y se hace acreedora al respeto por parte de todos. Los dos candidatos mejor situados parecen ser la universalidad y la supremacía. El rasgo de la supremacía o inviolabilidad parece incluso tautológico con las ideas de fundamentalidad e importancia: si pretendemos que los derechos expresen no cualquier exigencia moral, sino precisamente las más importantes frente a la comunidad política, parece lógico postular su prevalecencia en caso de conflicto con cualquier otro bien o valor que haya decidido tutelar dicha comunidad. La idea aparece perfectamente expresada en Locke cuando decía que el fin fundamental del Estado era preservar los derechos naturales, vinculantes incluso frente al legislador; y hoy parece mantener toda su fuerza: los derechos se carac-

terizan porque no están sometidos al regateo político ni al cálculo de intereses sociales (Rawls, 1978, 46), porque son triunfos del individuo frente a la mayoría, etc. (Dworkin, 1984, 37). Por otra parte, y en un plano institucional, a este postulado responde también el reconocimiento constitucional de los derechos, que algunos entienden esencial para su concepto jurídico (Cruz, 1989, 41), si bien conviene no identificar la existencia de los derechos con alguna técnica particular de reconocimiento o tutela, dado que en este punto los sistemas jurídicos presentan diferencias acusadas.

Ciertamente, el criterio de la supremacía presenta algunas dificultades o mejor dicho, aparece desmentido si tomamos en consideración cualquier catálogo jurídico-positivo de derechos fundamentales, en particular los muy cautelosos o temerosos que incorporan los textos internacionales, donde aquéllos aparecen limitados por conceptos tales como el orden público, la moral, la seguridad nacional, etc., conceptos absolutamente indeterminados y que resultan tanto más peligrosos cuanto que su determinación suele corresponder a los propios sujetos obligados, esto es, a los órganos estatales. Por otra parte, la idea de la supremacía absoluta se desvanece desde el momento en que el ejercicio de los derechos puede entrar en mutuo conflicto o colisionar con otros valores y bienes constitucionales, careciéndose en general de reglas de prioridad; es lo que algunos han llamado doctrina de los límites inmanentes y que se traduce en la tesis de que no existen derechos absolutos. Pero, sobre todo, el problema que plantea el criterio comentado es que no nos da cuenta de cuáles son en definitiva las exigencias morales que deben gozar de especial tutela. Es decir, sabemos que una regulación óptima de los derechos debe hacer de ellos decisiones básicas e innegociables, al menos dentro de los que cabe en un sistema jurídico real, pero ¿qué derechos tenemos?

Esta pregunta ha intentado responderse a partir de la segunda característica atribuida a los derechos fundamentales, la universalidad. Con todo, dicha característica puede entenderse de dos formas: en sentido activo, significa que una exigencia moral sólo puede ingresar en el prestigioso grupo de los derechos fundamentales si es susceptible de predicarse de todos los seres humanos, con independencia de cualquier circunstancia histórica o social, o, lo que es lo mismo, cuando lo que el derecho reconoce y tutela interesa o es relevante por igual para toda persona, siendo esta cualidad de persona condición necesaria y suficiente (Laporta, 1987, 32). En sentido positivo, un derecho es universal cuando resulta oponible frente a todos *(erga omnes)*, esto es, cuando el círculo de obligados es universal.

Ciertamente, un repaso de los sistemas jurídicos hoy vigentes pone de relieve que los derechos que ellos tutelan no siempre son universales en ninguno de los sentidos indicados; es más, la propia disparidad entre los ordenamiento nos sugiere que delimitar el catálogo de derechos por este camino no es tarea sencilla, ni en verdad fructífera. De un lado, se

reconocen derechos que podríamos llamar sectoriales o particulares: sólo de los nacionales, de los jóvenes, de los ancianos, de los trabajadores, de los sindicatos, etc. De otra parte, por lo que se refiere al círculo de personas obligadas, la universalidad plantea el problema de los deberes positivos generales, discutibles en el plano moral, pero de momento inviables en el marco jurídico positivo (cf. *Doxa 3,* 1986).

Bien es cierto que estas objeciones son fácilmente superables argumentando que, en realidad, lo que ocurre es que los sistemas jurídicos conceden el título de derechos humanos a algunos que no se lo merecen, precisamente porque, al carecer de la nota de universalidad, padecen también un déficit de racionalidad. Sin embargo, el criterio de la universalidad presenta, a mi juicio, una implicación más importante, y es que constituye la otra cara de la moneda de una fundamentación moral ahistórica y solipsista confiada en definir los derechos del «hombre abstracto», prescindiendo de las condiciones materiales de existencia, de las necesidades reales, y prescindiendo desde luego también de la opinión y del consentimiento de los destinatarios del Derecho. Según creo, esta armoniosa combinación entre derechos universales y un mundo poblado de seres racionales representa la concepción clásica o tradicional y puede encontrarse en el «reino de los fines» kantiano, o en la idea de posición original y del velo de la ignorancia de Rawls. Aquí los derechos humanos encarnan aquellas exigencias morales que podría pretender cualquier hombre antes de preguntarse por las necesidades que nacen de su específica posición social; sólo aquéllas, y no éstas, son consideradas lo suficientemente importantes como para merecer la supremacía absoluta que, como ya sabemos, se predica de los derechos.

No cabe censurar esta concepción tradicional porque encuentre algunos desmentidos históricos, dado que su propósito no es describir ningún fenómeno, sino ofrecer justificación racional a un cierto catálogo de derechos. Con todo, no está de más indicar que algunas exigencias que podrían considerarse universales, como el aire o el agua, no fueron elevadas al rango de derechos humanos cuando se constató su universalidad, sino cuando se comprobó su escasez. Sin embargo, esta consideración permite vislumbrar una insuficiencia más importante, y es que si bien el universalismo proporciona un sólido fundamento a los derechos que se desenvuelven en el ámbito definido por la libertad civil en lo público y por la autonomía de la voluntad en lo privado —esto es, en el plano del *homo iudiricus*—, difícilmente puede ofrecer base para justificar aquellas exigencias morales que expresan pretensiones del hombre en su específica condición social; más concretamente, este enfoque dificulta de modo serio la articulación en forma de derechos de la satisfacción de necesidades sociales, históricamente variables y dependientes de los recursos y de su modo de distribución. Con lo cual, los derechos humanos serían un concepto histórico, pero no sólo en el sentido de que naciesen en una determinada coordenada histórica

como fue el tránsito a la modernidad (Peces-Barba, 1982), sino también en el de que no son concebibles fuera de ella; y esa coordenada alcanzó su madurez en el Estado liberal.

III. HACIA UN CONCEPTO AMPLIO DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Ahora bien, sin que se pueda abdicar del género de exigencias morales que cristalizaron en la concepción liberal de los derechos, circunscribir el ámbito de éstos a los valores del liberalismo obligaría a acuñar una nueva expresión que sirviera de vehículo a nuevas exigencias que en las sociedades contemporáneas pretenden erigirse también en supremas e innegociables. En lugar de esa tarea inventiva y un tanto estéril, quizás resulte más fructífero intentar una emancipación del concepto de derechos humanos respecto del marco histórico que lo vio nacer, suponiendo que los valores morales formulados originalmente hayan podido sufrir alguna modificación y que, en todo caso, las exigencias concretas que de ellos derivan tampoco son idénticas. De cualquier forma, todo ello requiere abandonar el modo de fundamentación estrictamente racional y solipsista que ya conocemos, admitiendo que las condiciones históricas y la propia opinión de los individuos que las padecen puedan tener algún peso en la definición de los derechos fundamentales.

Desde luego, esta recepción alternativa resulta mucho más apta para describir los actuales planteamientos en materia de derechos humanos, que hablan de distintas generaciones y de pretensiones que distan de ser universales o propias del mundo de seres abstractos y racionales; piénsese, por ejemplo, en los derechos sociales. Pero es preciso reconocer también que desde esta perspectiva se mantiene una insuprimible zona de penumbra, pues implica aceptar que las más importantes exigencias morales no son siempre las mismas y que dependen de los contextos sociales y culturales. Por otro lado, algunos albergan también el temor a que, ganando en extensión, los derechos pierdan en intensidad.

Bien es cierto que el criterio de la universalidad, unido a la fundamentación abstracta, ha proporcionado menos seguridad conceptual de lo que podría pensarse. Sin embargo, su abandono tampoco conduce a la arbitrariedad; existe un consenso suficiente y con raigambre histórica en el sentido de que los derechos humanos son «un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad» (Pérez Luño, 1984, 48), o bien que encarnan una «pretensión moral justificada, tendente a facilitar la autonomía y la independencia personal justificada, enraizada en las ideas de la libertad e igualdad [...]» (Peces-Barba, 1983, 66). Sin duda, estas afirmaciones no cierran el debate acerca de cuáles deban ser esas exigencias morales más importantes que sirven para enjuiciar la legitimidad de un sistema político, pero cuando menos lo enmarcan en unas coordenadas bastante seguras. En suma, la

idea que quiero sugerir es que los derechos fundamentales, como categoría ética, cultural e histórica —es decir, prejurídica—, no constituye una concepción cerrada y acabada que los ordenamientos positivos tan sólo pueden acoger o rechazar en su totalidad, sino más bien un concepto abierto a distintas concepciones y desarrollos.

Esto me parece que es suficiente para cerrar el paso a formulaciones puramente retóricas o arbitrarias que eventualmente pretendiesen asentar un sistema de derechos incompatible con los valores humanistas y de defensa del individuo, de su libertad y dignidad, que están en el origen de la filosofía de la Ilustración; por ejemplo impide hablar en serio de derechos en un marco teocrático. Sin embargo, esta perspectiva obliga también a buscar nuevos procedimientos de fundamentación racional capaces de generar la misma aceptación que el sujeto moral kantiano, no obstante abrir el razonamiento a un debate con pretensiones de realidad donde aquellos valores se conectan al mundo de las necesidades. En suma, este concepto amplio de derechos fundamentales exige conjugar racionalidad e historia (Cortina, 1988, 79): racionalidad porque el consenso alcanzado argumentativamente sustituye al monólogo y quiere ser una realización procedimental de la universalidad; e historia porque la competencia de esta argumentación ya no se circunscribe a un concepto abstracto de humanidad, sino que recoge las necesidades e intereses de los interlocutores (Lucas y Añón, 1990, 75). Es verdad que, desde esta perspectiva, hay que abandonar la pretensión de que se pueda legislar de una vez y para siempre, es decir, la pretensión de que las exigencias morales importantes sean siempre las mismas; pero es verdad también que las condiciones de racionalidad impiden que cualesquiera intereses u objetivos puedan presentarse como tales exigencias.

Ciertamente, esta forma de concebir los derechos fundamentales presenta al menos un par de paradojas. La primera es que si los derechos constituyen límites u obligaciones del poder y por tanto (en el mejor de los casos) de la mayoría, no parece muy procedente confiar a esa misma mayoría la modificación de su contenido (Fernández, 1984, 104). Esto es, existiría una contradicción entre el modo de fundamentación, consensual y participativo, y la función institucional que desempeñan los derechos. La segunda es que resulta un tanto sorprendente que las mayorías sean protagonistas de una tarea que históricamente ha sido obra de la minoría, a veces incluso el grito de un hombre solo (Muguerza, 1989, 43).

No es posible desarrollar aquí con detalle los aspectos de una fundamentación consensual, si bien sólo de un modo tosco ésta pueda compararse con las instituciones democráticas vigentes. Con todo, no existe una contradicción insalvable: los derechos fundamentales operan en el marco político como un límite o gravamen sobre el conjunto de los órganos del Estado, pero la definición de su contenido tampoco se presenta por completo ajena al poder, y no parece que ese poder haya de ser otro que el que se atribuye «contrafácticamente» al conjunto de los ciu-

dadanos; esto, si se quiere, es una ficción, pero una ficción del mismo tipo que la que da vida a la idea de poder constituyente, cuya historia por cierto se halla tan íntimamente unida a la de los derechos humanos. Por supuesto, que algunas mayorías abdican de los derechos, pero con ello abdican también de cualquier sucedáneo de discurso moral (Nino, 1989, 387), sustituyendo la razón por la fuerza; y, en tales condiciones, esa mayoría ya no será competente para definir derechos, pero no porque se muestre ciega ante una realidad evidente descubierta desde algún objetivismo moral, sino porque el sacrificio de las libertades básicas constituye en sí mismo una renuncia a la propia tarea de fundamentación racional.

En relación con el segundo aspecto, la constatación histórica de que los derechos han asomado al mundo cultural y jurídico como consecuencia del impulso de las minorías, está en la base de la llamada alternativa del disenso. La idea es atractiva, pero presenta una dificultad importante, y es que el disenso funciona como una coraza individual que —al igual que la ética kantiana— nos dice lo que no puede hacer la comunidad política, pero no lo que sí debe hacer. El disenso representa, por tanto, una barrera o llamada de atención frente a cualquier exceso procedimentalista, pero, por su propia naturaleza, carece de utilidad para la adopción de decisiones colectivas o para la determinación del contenido de los derechos. Tal vez sólo con una excepción, que es la objeción de conciencia; pero me parece preferible decir que este caso constituye un límite al consenso, y no que representa el único derecho susceptible de fundamentación.

En resumen, considero que la vaguedad que rodea el concepto de derechos humanos puede ser consecuencia de un cierto abuso lingüístico, pero representa también una característica de la función histórica que ha desempeñado como traducción jurídica de las exigencias morales más importantes que en cada momento han pretendido erigirse en criterio fundamental para medir la legitimidad de un modelo político y, por tanto, para justificar la obediencia a sus normas. Por eso, decidir qué rasgos debe tener una pretensión para hacerse merecedora del calificativo de derecho humano fundamental, en suma, determinar el contenido de los derechos, no es problema teórico o conceptual, sino ideológico o de fundamentación. Un problema que, como cualquier otro relativo a las exigencias de la justicia en una sociedad plural y democrática, debe quedar abierto al diálogo intersubjetivo a propósito de necesidades y recursos, con el único límite de preservar el propio diálogo y, consecuentemente, la personalidad moral de todo participante en el mismo.

BIBLIOGRAFÍA

Alexy, R. (1993), *Teoría de los derechos fundamentales* (1985), E. Garzón Valdés (trad.), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Añón, M. J. (1994), *Necesidades y Derechos. Un ensayo de fundamentación,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
Ara, I. (1990), *Las transformaciones de los derechos humanos,* Tecnos, Madrid.
Asís, R. de (1992), *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder,* Debate, Madrid.
Ballesteros, J. (ed.) (1992), *Derechos humanos,* Tecnos, Madrid.
Bobbio, N. (1991), *El tiempo de los derechos,* R. de Asís (trad.), Sistema, Madrid.
Carrió, G. R. (1990), *Los derechos humanos y su protección,* Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
Cortina, A. (1988), «La moral como forma deficiente de Derecho»: *Doxa 5,* 69-85.
Cruz, P. (1989), «Formación y evolución de los derechos fundamentales»: *Revista Española de Derecho Constitucional 25,* 35-62.
Doxa 3 (1986), «Los deberes positivos».
Doxa 4 (1987), «El concepto de derechos humanos».
Dworkin, R. (1984), *Los derechos en serio* (1977), M. Gustavino (trad.), Ariel, Barcelona.
Fernández, E. (1977), *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos,* Debate, Madrid.
Haba, E. P. (1986), *Tratado básico de derechos humanos,* 3 vols., Juricentro, San José.
Kant, I. (1989), *La metafísica de las costumbres* (1797), A. Cortina y J. Conill (trads.), Tecnos, Madrid.
Laporta, F. (1987), «Sobre el concepto de derechos humanos»: *Doxa 4,* 23-46.
Locke, J. (1969), *Ensayo sobre el gobierno civil* (1690), A. Lázaro (trad.), Aguilar, Madrid.
López Calera, N. M. (1990), «Naturaleza dialéctica de los derechos humanos»: *Anuario de Derechos Humanos* 6, 71-84.
Lucas, J. de (1991), «Una nota sobre el concepto y la fundamentación de los derechos morales»: *Doxa 10,* 307-318.
Lucas, J. de (1992), «Algunos equívocos sobre el concepto y fundamentación de los derechos humanos», en J. Ballesteros (ed.), *Derechos Humanos,* Tecnos, Madrid, 13-21.
Lucas, J. de y Añón, M. J. (1990), «Necesidades, razones, derechos», *Doxa 7,* 35-54.
Muguerza, J. (1989), «La alternativa del disenso (En torno a la fundamentación ética de los derechos humanos)», en G. Peces-Barba (ed.), *El fundamento de los derechos humanos,* Debate, Madrid, 19-56.
Nino, C. (1989), *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación,* Ariel, Barcelona.
Ollero, A. (1989), *Derechos humanos y metodología jurídica,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
Peces-Barba, G. (1982), *Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales,* Mezquita, Madrid.
Peces-Barba, G. [4](1983), *Derechos fundamentales*, Universidad Complutense, Madrid.
Peces-Barba, G. (1988), *Escritos sobre derechos fundamentales,* Eudema, Madrid.

Peces-Barba, G. (ed.) (1989), *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid.
Peces-Barba, G. (1995), *Curso de Derechos fundamentales. Teoría General*, Universidad Carlos III-Boletín Oficial del Estado, Madrid.
Pérez Luño, A. E. (1984), *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid.
Pérez Luño, A. E. (1990), *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid.
Prieto, L. (1990), *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid.
Rawls, J. (1978), *Teoría de la Justicia* (1971), M. D. González (trad.), Fondo de Cultura Económica, Madrid.
Ruiz Miguel, A. (1990), «Los Derechos humanos como derechos morales»: *Anuario de Derechos Humanos* 6, 149-160.
Saúca, J. M. (ed.) (1994), *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Universidad Carlos III-Boletín Oficial del Estado, Madrid.
Squella, A. (1991), *Estudios sobre derechos humanos*, Ederal, Valparaíso.
Vernengo, R. (1990), «Enfoques escépticos de los derechos humanos»: *Anuario de Derechos Humanos* 6.

DEMOCRACIA Y DERECHO

Agustín Squella

I

El tema que nos proponemos desarrollar ha sido presentado bajo la denominación «Democracia y Derecho». Un título que en su sola mención parece devolvernos al momento, todavía próximo, y en algunos casos ni siquiera del todo concluido, en que las naciones de la parte sur de América recobraron, para fortuna de sí mismas y de sus pueblos, ese bien que llamamos democracia, cuyas ventajas para la libertad de las personas son tan evidentes como sus mismas inevitables limitaciones para resolver con la prontitud deseada muchos de los problemas que aún persisten en nuestras sociedades. Un bien, en suma, que debemos estar siempre dispuestos a conservar y a profundizar en nombre precisamente de la libertad, asumiendo a la par con sensatez las cuotas de decepción que la democracia trae también consigo, en cuanto se trata de una forma de gobierno que sólo es capaz de pequeños y sucesivos cambios de cantidad, desde el momento en que ella se asienta —como recuerda Bobbio— en las bases reformistas de la legalidad y de la gradualidad y no en los ejes revolucionarios de la violencia y la globalidad.

Fieles, pues, a lo que el título anticipa, trazaremos a continuación la relación entre democracia y derecho, y luego entre democracia y derechos, de modo que aparezca finalmente, con alguna claridad, cuál es la función del Poder Judicial en la existencia de un auténtico régimen democrático y, sobre todo, cuál es la importancia de ese Poder en la consolidación y estabilidad que un régimen semejante debe deseablemente alcanzar luego de ser repuesto después de un largo período de ausencia.

Pero todo ello exige puntualizar desde ya los sentidos en que vamos a emplear las tres palabras claves que tenemos ahora entre manos, a saber, «democracia», «derecho» y «derechos». No se nos escapa, claro

está, que se trata de palabras muy familiares para los juristas, e incluso para el común de los ciudadanos, y que, en apariencia, no estarían necesitadas de mayores explicaciones. La verdad, sin embargo, es que sí lo están.

II

Por lo que respecta a la primera de tales palabras, «democracia», los juristas no tenemos afortunadamente que ir demasiado lejos para encontrar de ella un sentido que todos podamos razonablemente compartir, porque han sido precisamente hombres de derecho quienes, en nuestro siglo, han efectuado algunas contribuciones de importancia a la teoría de la democracia como forma de gobierno: Radbruch, Kelsen, Ross y Bobbio son algunos de ellos.

Entendemos la democracia como un método de adopción de las decisiones colectivas o de gobierno que garantiza la participación directa o indirecta del mayor número de personas —toda la población adulta, por ejemplo—, que van luego a quedar vinculadas por esas mismas decisiones.

«Todo grupo social —escribe Bobbio— tiene necesidad de tomar decisiones vinculantes para los miembros del grupo, a objeto de proveer a la propia supervivencia, ya en el interior, ya en el exterior».

En el fondo, todo grupo social, podríamos añadir por nuestra parte, tiene necesidad de responder a la pregunta acerca de quién y cómo deberá gobernar.

De este modo, si la democracia responde a la cuestión de quién y cómo debemos gobernar, lo hace de manera puramente procedimental, esto es, no determinando de antemano ni de una vez para siempre quién es el llamado a tomar las decisiones colectivas, ni tampoco cuál debe ser el contenido de esas mismas decisiones.

La democracia es osada. Está dispuesta a entregar el poder a cualquiera que obtenga para sí la mayoría. Una regla puramente cuantitativa —dirán algunos— aunque «siempre es mejor contar las cabezas que cortarlas».

III

Por lo que toca ahora a la palabra «derecho», estamos ciertamente más que familiarizados con un doble uso de la misma, a saber, el derecho como expresión con la que designamos un cierto orden normativo que rige la sociedad, y el derecho, por otra parte, como el término que alude al saber que el hombre constituye y consigue tener acerca de esa realidad normativa a la que la misma palabra se refiere en el anterior sentido indicado.

Detengámonos aquí un par de minutos a efectos de conseguir una mayor claridad.

En el primero de los dos sentidos indicados, posiblemente el más común para todos nosotros, «derecho» es un determinado orden normativo vigente en una sociedad dada. Es en este sentido, por cierto, que empleamos la palabra «derecho» cuando en un discurso jurídico cualquiera aludimos al «derecho chileno», o al «derecho argentino», o al derecho de cualquier lugar. A lo que queremos aludir en todos esos casos es, simplemente, como ya se dijo, a un cierto orden normativo vigente y dotado de la presencia histórica efectiva, a una realidad de tipo normativo, en fin, que se expresa, a la vez que se contiene, en las denominadas fuentes formales del respectivo ordenamiento.

Pero esa realidad normativa en que el derecho consiste de acuerdo al primer sentido recién explicado, puede y de hecho es constituida por el hombre en objeto de conocimiento, lo cual trae consigo que una clase particular de personas, los juristas, haya podido formar un saber acerca del derecho como orden normativo, saber éste al que frecuentemente se da también el nombre de «derecho», con lo cual aparece ahora el otro de los dos sentidos ya mencionados de esta palabra.

Ese doble uso de la palabra «derecho» —derecho como orden normativo y derecho como saber que acerca de ese mismo orden el hombre es capaz de formar y de transmitir a otros— es ciertamente causa de muchos malentendidos y confusiones, de donde se sigue que es preferible a nuestro juicio reservar para la palabra «derecho» sólo el primero de los sentidos antes apuntados, o sea, utilizarla para aludir con ella sólo a un determinado ordenamiento de la conducta humana, empleando en cambio la expresión «Ciencia del derecho», o «Dogmática jurídica», para referirnos al saber que los juristas constituyen y trasmiten acerca de ese ordenamiento.

Pues bien, ¿cuál es, entonces, la relación entre democracia y derecho, entendido este último como orden normativo, y cuál es, por otro lado, el vínculo entre la democracia y el derecho como saber, esto es, entre la democracia y la Ciencia del derecho?

IV

En cuanto a la relación entre democracia y derecho como orden normativo, puede decirse que aquella forma de gobierno, tal y como fue descrita antes, suaviza de modo importante el carácter heterónomo que el derecho posee en cuanto orden normativo.

Como se sabe, decimos que el derecho es heterónomo en cuanto se trata de un orden en el que sus normas suelen ser producidas por medio de actos que ejecutan sujetos no sólo distintos de aquellos que deberán luego dar cumplimiento a esas normas, sino sujetos, además, que se hallan, respecto de quienes deben obedecer las normas, en una posición superior o de autoridad.

Heteronomía significa sujeción a un querer ajeno, al querer de otro y no al querer propio, y el derecho es ciertamente heterónomo, en consecuencia, porque muchas de sus normas más importantes no son producidas autónomamente por cada uno de los sujetos imperados.

En su heteronomía encuentra el derecho, sin ir más lejos, una de sus diferencias más visibles con la moral individual de las personas, puesto que esta última, en una medida importante, es producida por los propios sujetos y no por órganos de poder socialmente organizados en los cuales se haya delegado la producción de las correspondientes normas.

Pues bien: en presencia de un régimen democrático de gobierno, puede decirse que la mencionada heteronomía del derecho, si bien no desaparece, se atenúa considerablemente, desde el momento en que los ciudadanos continúan sin producir directamente las normas del derecho, aunque confían esta producción a determinados órganos o poderes en cuya generación a ellos sí les cabe ahora una directa participación.

En una democracia representativa, en suma, los ciudadanos no producen las normas constitucionales y legales que regirán su comportamiento y derechos, pero eligen a quienes están autorizados para producirlas. En consecuencia, siguen ellos sujetos a un querer ajeno, aunque, más propiamente, se trata ahora de un querer delegado, lo cual resulta ciertamente más tolerable para la libertad, esto es para ese viejo impulso humano de no recibir órdenes más que de sí mismo.

Tratándose del Poder Judicial y de las normas que éste también produce en una sociedad democrática por medio de los fallos de sus jueces y cortes, las cosas resultan algo diferentes, porque lo cierto es que, al menos en nuestro medio, los ciudadanos no eligen directamente a los integrantes de ese Poder. Cuando ello ocurre, esto es, cuando un determinado órgano de poder queda en cierto modo fuera de la influencia y del control populares, la democracia pierde en latitud, aunque no necesariamente por ello deja de ser democracia. En tales casos, de lo que se trata no es forzosamente de propiciar la elección directa de los jueces por el pueblo, sino de regular el modo como éstos deberán dar cuenta a la sociedad de la importante cuota de poder público que han recibido.

Hasta aquí la relación entre democracia y derecho como orden normativo.

V

¿Cual es ahora la relación entre democracia y derecho como saber, o sea, entre democracia y Ciencia del derecho?

El hombre no sólo produce el derecho en cuanto orden normativo, a través de constituciones, leyes, resoluciones administrativas, contratos y sentencias, sino que, tal como tuvimos oportunidad de decir antes, es capaz de instalarse ante ese mismo derecho con fines de conoci-

miento. Esto es lo que hace posible los estudios sistemáticos que acerca del derecho se realizan de preferencia, y desde antiguo, en las Facultades del mismo nombre. Ahora bien, cuál sea el rango del estatuto de este saber o conocimiento que el hombre constituye acerca del derecho, en el sentido de ser propiamente científico o no, es algo por cierto discutible, aunque podemos hablar aquí, de modo convencional de que ese saber suele ser presentado bajo la denominación de Ciencia del derecho o, también, Dogmática jurídica.

En cuanto a sus funciones, la Dogmática jurídica, cuya materia de estudio son las normas jurídicas de un ordenamiento jurídico dado, localiza o identifica tales normas en cuanto han sido positivadas y no se encuentran formalmente derogadas; acota los diversos sectores de regulación jurídica al interior del respectivo ordenamiento, constituyéndose en tantas disciplinas dogmáticas cuantos sectores de regulación haya discernido; comprende, explica, fija las conexiones y sistematiza el contenido prescriptivo de las normas, todo lo cual supone una tarea de interpretación del material normativo y una posterior fase reconstructiva de éste; y, por último, proporciona una respuesta a los problemas de la aplicación de las normas a los casos jurídicamente relevantes de la vida social que, por encontrarse regulados por dichas normas, deben ser resueltos, precisamente, en aplicación de éstas.

De acuerdo con lo expresado previamente, toda Dogmática jurídica aspira a dar cuenta del derecho tal y como éste es y rige efectivamente en un lugar y tiempo dados. Es, en ese sentido, descriptiva. No dice lo que debe ser el derecho, sino lo que realmente es. Pero la Dogmática, si no quiere verse reducida a mera identificación y exégesis de las normas jurídicas vigentes, debe ser complementada por la Política jurídica, esto es, por una actitud crítica frente a lo que se halle establecido como derecho, actitud ésta que debe expresarse en enunciados acerca de cómo y en qué dirección podría ser mejorado aquello que rija como derecho.

En otras palabras, la Política jurídica no traiciona a la Dogmática jurídica; por el contrario, la amplía y enriquece. Y si la vocación y fidelidad científicas de los juristas les obliga a dar cuenta del derecho tal como éste es y se presenta en un momento dado, su conciencia política y moral, por otra parte, les demanda declarar también cómo el derecho a su juicio debería ser.

Vocación científica y conciencia política y moral, hemos dicho: he ahí una doble exigencia que los juristas deben satisfacer simultáneamente, sin sacrificar una en beneficio de la otra. Porque cuando la vocación científica se subordina a la actividad y metas de la política, se empobrece ciertamente nuestra comprensión de la realidad. Pero cuando los juristas invocan el nombre prestigioso de la ciencia para eludir tomar posiciones en los terrenos de la política y de la moral, entonces quizás ocurra para ellos algo todavía peor, a saber, verse disminuidos como hombres y como ciudadanos.

Así entendida, la Ciencia del derecho o Dogmática jurídica ¿qué tiene ella que ver con la democracia? Pensamos que la democracia como forma de gobierno, establecido el compromiso que ella asume con las libertades que presume y que tiene el deber de preservar y desarrollar, entre las que se cuentan, por cierto, las libertades de pensamiento y de expresión, crea condiciones objetivas favorables a una Dogmática jurídica más atenta y crítica, lo cual quiere decir algo positivamente sencillo, pero a la vez relevante: si la democracia se relaciona necesariamente con la tolerancia, esto es, si ella acepta e incluso favorece la diversidad de puntos de vista y la libre concurrencia y expresión de éstos en el interior de la sociedad; si la democracia, en una palabra, es discusión, se trata, entonces, de una forma de gobierno en la que existen condiciones casi óptimas para que los juristas, sin restricciones externas a su trabajo, puedan llevar a cabo la crítica de lo dado o puesto como derecho y enunciar consiguientemente las proposiciones de Política jurídica que orienten y provoquen su cambio o reforma en la dirección que, bajo la influencia del debate de las opiniones, adopten finalmente los órganos productores de derecho por medio de los cuales es ejercida la soberanía popular, incluido, por cierto, el propio Poder Judicial.

Para decirlo brevemente: porque la democracia es una buena aliada de la ciencia, los científicos suelen ser buenos amigos de la democracia, porque ellos saben, posiblemente mejor que otros, lo mucho que se interfiere y perjudica su actividad cuando la libertad de investigación es coartada en nombre de las verdades oficiales del Estado. Así, por ejemplo, cuando un jurista como Kelsen se confiesa partidario de la democracia, lo hace precisamente en nombre de la ciencia y no vacila entonces en admitir que, dado que ésta es lo más importante de su vida, su idea de justicia está forzosamente ligada a las condiciones bajo las cuales la ciencia, y con ella la verdad y la sinceridad, pueden florecer. Me refiero —dice él textualmente— «a la justicia de la democracia, a la justicia de la tolerancia».

VI

Presentada ya la relación entre democracia y derecho y entre democracia y Ciencia del derecho, pasemos ahora a ocuparnos del vínculo que existe también entre democracia y derechos.

Sabemos bien que la palabra «derecho», además de ser empleada para hacer referencia, según vimos, a un determinado orden normativo vigente, es utilizada, asimismo, para designar algo diferente: una prerrogativa o facultad de la que estaría dotada una o más personas. Así, cuando afirmamos que «el derecho chileno prohíbe el aborto», estamos utilizando la palabra «derecho» para hacer referencia a un determinado orden normativo dotado de realidad histórica; en cambio, cuando decimos que «toda persona tiene derecho a manifestar libremente sus opi-

niones», la palabra «derecho» toma aquí el sentido de una facultad o atributo que tienen todas las personas.

Se trata, por cierto, de un dualismo muy conocido por todos los juristas, de la distinción, en suma, entre derecho objetivo y derechos subjetivos. Porque el plural de «derecho» en el primero de esos dos sentidos —el que llamamos objetivo— es «ordenamientos jurídicos», en tanto que el plural de «derecho» en su segunda acepción —la de derecho subjetivo— está constituido por la expresión que ahora nos interesa: derechos.

Un derecho subjetivo no es otra cosa que una facultad o pretensión justificada que es atribuida a un sujeto de derecho, o a toda una clase de sujetos, frente a otro u otros sujetos a quienes se impone un deber u obligación correlativa. En otras palabras, poseer un derecho subjetivo significa estar en posición de exigir de otro u otros un determinado comportamiento, que pasa a ser, si se quiere, el contenido del derecho subjetivo de que se trate.

No vamos a discutir aquí si para tener un derecho subjetivo se necesita que una determinada norma de derecho positivo lo haya efectivamente reconocido u otorgado al sujeto que dice tenerlo, como se sostendría desde una perspectiva positivista clásica, o si, por el contrario, para tener un derecho subjetivo basta que éste se halle justificado o fundamentado en cualquier sistema normativo, por ejemplo, en una norma moral, como se postula a su turno por los partidarios de los así llamados «derechos morales».

Lo que queremos decir, en cambio, es que los derechos subjetivos no sólo necesitan estar justificados, esto es, no sólo requieren un soporte normativo explícito en un ordenamiento jurídico positivo o en otro tipo de normas, sino que, además de justificados, requieren ser identificados como tales, esto es, reconocidos y declarados judicialmente cada vez que su titular no haya sido satisfecho en la pretensión a que el derecho en discusión da lugar.

Aun si uno se sitúa en una perspectiva positivista, o sea, incluso en el caso de que para certificar la existencia de un derecho subjetivo resulte indispensable identificar con toda precisión la norma jurídica del respectivo ordenamiento que establece ese mismo derecho, lo cierto es que no basta con que el derecho positivo, en el nivel de la Constitución y las leyes, consagre o proclame el correspondiente derecho, sino que es imprescindible, además, que ese mismo ordenamiento provea de tutela jurisdiccional al derecho de que se trate, esto es, es necesario que el derecho subjetivo se encuentre efectivamente protegido. Y un derecho subjetivo se encuentra realmente protegido sólo cuando el ordenamiento jurídico respectivo, además de declararlo como tal, provee los medios aptos para prevenir en lo posible la violación de la norma que lo instituye, y señala, asimismo, las consecuencias que deberán seguirse en caso de que la violación háyase producido.

Si hemos de distinguir entre auténticos derechos y derechos en el papel, quizás sí el elemento más relevante para trazar ese distingo sea

precisamente que los primeros son susceptibles de tutela jurisdiccional y los segundos, no.

¿Y qué pasa a ese respecto con los derechos humanos, que es a lo que queremos referirnos finalmente, aunque en el marco, por cierto, de todo lo dicho previamente? ¿Son ellos auténticos derechos o sólo derechos aparentes, ficticios, algo así como letra escrita sobre el papel?

Incluso una definición mínima o procedimental de democracia, como la que propusimos al inicio, opera únicamente sobre la base de algunas condiciones, entre otras, la de que los llamados a elegir sean colocados frente a alternativas reales y puestos en condiciones de poder efectivamente elegir entre ellas, para lo cual es preciso que se les reconozcan y garanticen los derechos de libertad de pensamiento, de expresión, de reunión, de asociación y otros semejantes. Unos derechos, como dice Bobbio, sobre cuya base «ha nacido el Estado liberal y se ha construido la doctrina del Estado de derecho», que ejerce su poder dentro de los límites derivados del reconocimiento internacional y constitucional de los llamados derechos fundamentales.

Los así llamados derechos de libertad son ciertamente auténticos derechos en el sentido antes indicado, a saber, no sólo están consagrados en pactos internacionales suscritos por los Estados y en las Constituciones Políticas internas de éstos, sino que, además, cuentan con una tutela jurisdiccional efectiva.

¿Pero que decir, en cambio, de otra clase de derechos humanos, de los llamados derechos económicos y sociales, basados por su parte no en la idea de la libertad, sino en los valores de la igualdad y de la solidaridad, como es el caso, por ejemplo, del derecho al trabajo, a un salario justo o a una asistencia médica y provisional en caso de enfermedad y vejez ? ¿Asume con ellos la democracia un compromiso tan directo y evidente como el que tiene con los derechos de libertad? ¿Son estos derechos económicos y sociales auténticos derechos, en el sentido de contar con una tutela jurisdiccional efectiva, o se trata de simples declaraciones programáticas, no inmediatamente justiciables, esto es, de orientaciones dadas meramente para guiar el contenido de la legislación que votan los parlamentos y el sentido o dirección que deben tener las políticas públicas impulsadas por los gobiernos?

Es cierto que la democracia, más que otros regímenes de gobierno, asume también un cierto compromiso con los derechos económicos y sociales de la población, en especial cuando el uso de las reglas del juego democrático permite acceder al poder a personas y a fuerzas políticas progresistas y más sensibles a los antes mencionados valores de la igualdad y la solidaridad. Pero, si hemos de mirar las cosas con realismo e intentar no quedarnos sólo en las buenas intenciones, los derechos económicos y sociales son, sin duda, por ahora, antes orientaciones programáticas que verdaderos derechos en sentido subjetivo, lo cual no debe ser visto, sin embargo, como un obstáculo insuperable que evite o impida hacer todo los posible para procurar que esta clase

de derechos avance desde su condición de orientaciones hasta el estatuto de auténticos derechos.

En ello, los parlamentos y los gobiernos, pero también los órganos jurisdiccionales, tienen todavía mucho por hacer, particularmente en nuestros países de la América del centro y del sur del continente. Los poderes democráticos, así como las sociedades que los sustentan, no deben entonces mostrarse excesivamente complacidos por el triunfo de las libertades si es que no son capaces de preservar esas mismas libertades y de avanzar, al mismo tiempo, en la eliminación de las desigualdades materiales más evidentes e injustas, lo cual supone, como es obvio, potenciar así los llamados derechos económicos y sociales, puesto que para quienes padecen esas desigualdades, el disfrute de la propia libertad puede tornarse en algo completamente ilusorio y carente de todo significado.

VII

Alguien se ha referido a la época que vivimos en la actualidad como «el tiempo de los derechos», aludiendo, no cabe duda, al avance espectacular que los derechos humanos han tenido desde su aparición como tales hace más de dos siglos, en los inicios de la modernidad. Desde entonces hasta ahora, los derechos humanos se han generalizado, expandido, internacionalizado e incorporado, por último, a la Constitución y a las leyes de todos los estados democráticos del mundo. Pero es preciso no olvidar la contradicción que existe entre toda esa «literatura enaltecedora» de los derechos del hombre y los muchos hombres que permanecen todavía sin derechos.

Así las cosas, si queremos de verdad que nuestro tiempo sea realmente el tiempo de los derechos, tendremos que avanzar con mayor celeridad desde la declaración de los derechos a su más efectiva satisfacción. Y en el difícil tránsito de la solemnidad de las declaraciones a los derechos efectivamente protegidos, cabe por cierto la responsabilidad a los Estados en el ámbito internacional, como también a las constituciones y a las leyes que cada uno de ellos se dé internamente, pero corresponde asimismo un papel relevante a los jueces, ante quienes esos derechos se continuarán invocando, aunque algunas veces —como en el de ciertos derechos económicos y sociales— no se los pueda presentar tal vez como auténticos derechos subjetivos.

Porque bien puede la judicatura, sin vulnerar el principio de legalidad, con mayor temperamento, valiéndose de la imaginación e inspirada por el espíritu progresista que no tiene por qué ser confundido con alistamientos de tipo político-partidista que le están naturalmente vedados, movilizar en alguna medida esas disposiciones programáticas y hacer así de las sentencias no simplemente el espejo que refleja la constitución y las leyes en perfecta inmovilidad, sino un cuerpo de decisiones razona-

das y dinámicas que, junto con venir dadas en el marco de la legislación vigente, revierten sobre ésta, fertilizándola, para hacerla dar de sí no sólo el fruto ya visible de su letra, sino el más furtivo y preciso de su espíritu.

Queremos decir con todo esto algo que no debería a fin de cuentas constituir propiamente ninguna novedad para nadie: el estado del derecho en una comunidad, y ni qué decir tiene cuando se trata del estado de los derechos, no es únicamente responsabilidad de los que producen el derecho en el nivel de la Constitución y las leyes. Lo es también de quienes, en aplicación de la Constitución y las leyes, continúan luego el proceso de creación jurídica, en el nivel ahora de las peticiones y conflictos particulares que ante ellos se promueve en busca de decisiones justas y oportunas.

No es poco, en consecuencia, lo que la democracia sirve al derecho, cualquiera sea el sentido en que empleemos esta última palabra. Por lo mismo, quienes valoren la posibilidad de influir aunque sea indirectamente en la producción del derecho como instrumento de convivencia social, quienes concedan además importancia social y no sólo profesional a la ciencia del derecho, y quienes, por último, estén realmente dispuestos a tomarse en serio sus propios derechos y los de los demás, tienen también buenas razones para preferir la democracia como forma de gobierno.

LA OBEDIENCIA AL DERECHO

Jorge F. Malem Seña

I. INTRODUCCIÓN

La cuestión de si estamos o no constreñidos a obedecer al derecho es de naturaleza moral. Se trata de un problema secular que puede encontrarse claramente expuesto ya en las obras de Platón: la *Apología* de Sócrates y el *Critón*. Cuando se habla de la obediencia al derecho se trata de saber si el derecho es o no una razón independiente para la acción. O, dicho con otras palabras, se trata de indagar si el comportamiento moralmente debido es aquel establecido por el derecho por el mero hecho de que éste lo ordene. Se trata también de establecer si esa razón independiente tiene un carácter general, esto es, si afecta a todos los sujetos —destinatarios— normativos y a todas las normas jurídicas que pueden ser obedecidas.

Las teorías que han intentado dar una respuesta afirmativa a la pregunta sobre si estamos moralmente constreñidos a obedecer al derecho, se han presentado bajo dos modelos diferentes. El primero establece que los individuos pueden limitar su libertad de acción únicamente a través de actos voluntarios. Y que por esta razón, el ciudadano deberá acatar la restricción impuesta por el derecho sólo en el caso de que haya consentido. El segundo instituye que realizar o no ciertas conductas ordenadas por el derecho no depende de la voluntad del destinatario, sino del contenido de las acciones que se exigen. Se deberá obedecer al derecho, entonces, si el contenido de lo por él ordenado se adecua a ciertas pautas éticas.

Estos dos modelos recogen, en realidad, una distinción que en la literatura en castellano ha pasado prácticamente inadvertida, pero que ha sido objeto de análisis preferente por parte de autores de habla inglesa. En efecto, estas dos formas mediante las cuales una conducta puede quedar moralmente determinada, pueden explicarse a través de la dis-

tinción propuesta por Hart entre «obligación» y «deber»[1]. Según esta línea de análisis, las «obligaciones» son requerimientos morales que se caracterizarían por lo siguiente. Primero, se originan en actos voluntarios, y necesitan para su génesis especiales acciones individuales destinadas a crearlas. Tanto en el ámbito jurídico como en el moral, provocan que una conducta que previamente era considerada indiferente pierda su opcionalidad. Segundo, son interpersonales, es decir, son requerimientos dirigidos a personas determinadas (los obligados) por personas determinadas o determinables (los titulares de los derechos correlativos). Representan un tipo de requerimientos estrictamente personal, cuyo contenido está perfectamente individualizado. Tercero, cada obligación se correlaciona con su derecho correspondiente, que, a su vez, es simultáneamente generado. Obligaciones y derechos constituyen el anverso y el reverso de una misma moneda. Cuarto, las obligaciones constituyen requerimientos que no tienen su origen en el carácter o en el contenido de las acciones obligatorias, sino en la particularísima forma o manera que tienen las partes de vincularse o relacionarse.

Los «deberes», por otra parte, implican requerimientos que, en el ámbito de la moral, pueden ser utilizados apropiadamente en tres contextos diferentes e independientes. En primer lugar se emplean con absoluta abstracción de cualquier marco institucional que les pueda servir de referencia, y existen al margen de cualquier acto voluntario que les pudiera originar. Es más, no guardan conexión necesaria alguna con prácticas sociales o con ciertas peculiaridades personales. Todos los hombres, por el mero hecho de serlo, tienen estos «deberes». El deber de ayuda mutua o el de no dañar o perjudicar a otro son ejemplos de estos deberes, que Rawls denomina «deberes naturales». En segundo lugar, se utiliza la palabra «deber» para hacer referencia a requerimientos morales, y también jurídicos, que están íntimamente relacionados con ciertas posiciones, oficios, funciones o papeles que una persona puede llegar a desempeñar. Las acciones y las omisiones que tiene que realizar de una manera no optativa quien está situado en la «posición de hijo» respecto de sus padres, ilustra este tipo de «deberes». Aquí cabría hablar de «deberes institucionales». En tercer lugar, la palabra «deber» se emplea para hacer referencia a los llamados «deberes de obediencia», es decir, a los «deberes» que surgen de normas u órdenes emanadas de autoridad competente.

De acuerdo con este esquema dual, las teorías voluntaristas responderían al interrogante de si estamos constreñidos a obedecer al derecho en términos de «obligaciones». Las teorías teleológicas y las deontológicas los harían en términos de «deberes». A las voluntaristas correspon-

1. Cf. H. Hart, «¿Hay derechos naturales?», en Id., *Derecho y moral. Contribución a su análisis*, G. Carrió (trad.), Depalma, Buenos Aires, 1962. Para un análisis en detalle de la distinción entre «obligación» y «deber», cf. J. F. Malem Seña, *Concepto y justificación de la desobediencia civil*, Ariel, Barcelona, 1990, esp. cap. 2.

dería la teoría del consentimiento en sus diferentes variantes. A las teleológicas, el utilitarismo en todas sus diferentes versiones. A las deontológicas, las teorías del derecho natural, la teoría del juego limpio y la teoría de apoyar las instituciones justas.

II. LA OBLIGACIÓN DE OBEDECER AL DERECHO

1. *Teorías voluntaristas*

i) La teoría del consentimiento

Esta teoría ha sido utilizada a partir del siglo XVII para justificar la obediencia al derecho, aunque sus orígenes pueden remontarse a la antigüedad clásica. Hay que señalar, sin embargo, que esta doctrina no ha sido presentada históricamente de idéntica manera. En su formulación más simple, el consentimiento adquiere la forma de una autorización, mientras que en su versión más compleja reviste la forma de un contrato.

Mediante el consentimiento, el estar «bajo el imperio del derecho» no es óbice para afirmar que el hombre permanece libre y no renuncia a su autonomía, ya que las limitaciones a su propia libertad para actuar han sido establecidas mediante autorización o acuerdos previos de los que él mismo es parte. De este modo, la sujeción de los ciudadanos a la ley se funda en la realización de actos voluntarios.

Al poner el acento en que un hombre que ha nacido libre permanece libre en un Estado que ha contribuido a forjar mediante actos voluntarios, la teoría del consentimiento restaría plausibilidad a la afirmación que niega la existencia de una obligación de obedecer al derecho con argumentos anarquistas basados en la idea de autonomía. Pero ésta no es su única característica. Se trata también de una teoría formal, ya que hace recaer el peso de la argumentación en la forma como las personas se obligan, sin tener en cuenta el contenido de esa obligación, los valores por ella promovidos o sus consecuencias. Los teóricos del consentimiento argumentan que la obligación de obedecer al derecho está en función de los actos que los individuos realizaron en el pasado. Por lo tanto, para saber si una persona tiene la obligación de obedecer al derecho es necesario comprobar lo que esa persona hizo, y no si debiera o no haberlo hecho; de ese modo se señala que los requerimientos morales únicamente deben ser entendidos como autolimitaciones voluntarias.

Las diferentes versiones de la teoría del consentimiento han sido formuladas, al menos, en dos niveles diferentes. El primero hace referencia al modo como se ha de manifestar el consentimiento. El segundo hace referencia a los individuos que deben manifestar el consentimiento. En el primer nivel se sitúan las teorías del consentimiento expreso y del consentimiento tácito. En el segundo, las teorías del con-

sentimiento por unanimidad y del consentimiento de la mayoría.

ii) La teoría del consentimiento expreso

Según esta versión, el consentimiento por el cual un individuo genera una determinada obligación ha de manifestarse mediante un acto externo meridianamente claro. Pero eso no basta, es necesario que cada uno de los individuos lo preste respecto de cada una de las acciones que llegarán a ser, en su virtud, obligatorias.

Mediante esta clase de consentimiento, un individuo autoriza o acuerda expresamente con otro la posibilidad de que éste actúe en determinadas áreas donde únicamente él tenía derecho a actuar, asumiendo por ello una obligación de no interferir en el ejercicio del derecho acordado. Son bien conocidas las críticas que se han formulado a esta teoría respecto de su capacidad para justificar la obligación de obedecer al derecho. Exigir que todos y cada uno de los ciudadanos del Estado presten su consentimiento expreso a cada una de las leyes es poco realista, a la vez que genera dos inconvenientes graves. En primer lugar, provoca un estado de desigualdad e inseguridad, ya que unas personas tendrían una obligación de obedecer al derecho mientras otras no, y en una sociedad compleja de millones de habitante no se podría saber quién habría efectivamente consentido y quién no. En segundo lugar, requiere la unanimidad, tema sobre el que volveré más adelante.

iii) La teoría del consentimiento tácito

Ya Locke había advertido de la dificultad que entrañaba sostener una teoría como la del consentimiento expreso. Por esta razón, sostuvo que un individuo ha consentido tácitamente un gobierno, obligándose a obedecerle, cuando goza de los beneficios que le otorga el Estado, sea disfrutando de sus bienes, de parte de sus dominios territoriales, viajando por sus carreteras o, simplemente, residiendo dentro de sus límites[2].

Según Locke, esta forma de consentimiento produciría idénticas consecuencias que el consentimiento expreso, salvo en lo atinente al tiempo de su duración. En el caso del consentimiento expreso, quien lo presta se obliga perpetua e ininterrumpidamente a obedecer los mandatos estatales, mientras que en el caso del consentimiento tácito, sólo se vincula al Estado mientras mantenga sus propiedades, usufructúe sus beneficios o resida dentro de sus límites.

La concepción lockeana del consentimiento tácito ha sido objeto de numerosas y fuertes críticas. Quizás las más importantes se dirijan contra su afirmación de que la mera residencia implica un consentimiento tácito. Si esto es así, todos los Estados recibirían el consentimiento de sus ciudadanos, aun en el caso de que éstos se opusieran a él, desearan

2. Cf. J. Locke, *Ensayo sobre el gobierno civil*, L. Rodríguez Arana (trad.), Aguilar, Madrid, 1981, 90-91.

abandonarlo y no pudieran hacerlo. Paradójicamente, los Estados autoritarios que son precisamente los que más se oponen a que sus ciudadanos los abandonen, recibirían, si se acepta la propuesta de Locke, las cuotas más altas de aquiescencia.

Estas críticas, entre otras, llevaron a parte de los teóricos a precisar la idea del consentimiento tácito. Así, J. Simmons propone que se satisfagan las siguientes cinco condiciones para que dicho consentimiento pueda ser prestado:

a) El consentimiento tácito se debe otorgar mediante el silencio o la inactividad de las partes. Debe ser inferido, por lo tanto, de las circunstancias que rodean determinadas situaciones.

b) La posición en la que se encuentra quien consiente debe quedar absolutamente clara respecto al acto de consentir, de lo apropiado de la situación para hacerlo y de la voluntad de realizarlo. Debe existir, además un tiempo razonable para posibles alternativas al consentir.

c) El asunto sobre el que se consiente debe estar claramente establecido, debiendo ser expuesto de manera explícita a quien esté en condiciones de consentir.

d) El disenso ha de poder ser manifestado fácilmente, tanto en lo referente a los medios como a las oportunidades para hacerlo.

e) Las consecuencias para quien no consienta no deben ser graves, ni deben ir en detrimento del posible disidente por el mero hecho de serlo[3].

Una vez verificadas estas cinco condiciones, surgiría una obligación de obedecer al derecho idéntica a la producida mediante el consentimiento expreso, ya que la diferencia entre uno y otro no es la calidad, sino que afecta únicamente a la forma como puede ser prestado. Pero esta versión de la teoría del consentimiento tampoco está exenta de críticas. En primer lugar, porque se hace acreedora a las mismas críticas que se dirigieron contra la teoría del consentimiento expreso respecto a la posibilidad de consentir —esta vez tácitamente— todas las disposiciones estatales; y, en segundo lugar, porque si el consentimiento tácito debe ser deducido de las circunstancias que rodean cierto estado de cosas, resultará que la valoración de estos elementos dependerá, en gran medida, de la labor del intérprete, con el riesgo consiguiente de arbitrariedades, malentendidos e inseguridades.

iv) La teoría del consentimiento unánime

Las dos versiones antes presentadas, dada la tesis que subyace en la teoría del consentimiento de que las únicas obligaciones morales que

3. Cf. J. Simmons, *Moral Principles and Political Obligation,* Princeton University Press, New Jersey, 1979, esp. cap. 4.

un individuo tiene son las asumidas voluntariamente, y de que no hay otra manera de limitar éticamente las acciones de las personas, requieren para justificar una obligación general de obedecer al derecho que todos los individuos consientan unánimamente.

Es decir, requieren que cada individuo preste su consentimiento a cada una de las leyes y actos del Estado. Pero, de este modo, se potencian políticas conservadoras del *status quo,* ya que es suficiente el disenso de una única persona para que el acuerdo social no sea posible. Y se quiebra prácticamente toda posibilidad de cualquier obligación general de obedecer al derecho. A la vez que supondría también casi la nula legitimidad del Estado y de toda norma jurídica general, cualquiera que fuera su contenido, puesto que bastaría que una única persona se negara a consentir para que ese Estado o esa norma fuera ilegítima.

v) La teoría del consentimiento de la mayoría

La imposibilidad práctica de que todos los miembros de la sociedad consientan —expresa o tácitamente— condujo a la búsqueda de nuevas soluciones. El propio Locke advirtió el problema en toda su crudeza. Si no se considera el consentimiento de la mayoría como una decisión de la totalidad, prácticamente no se podría tomar decisión alguna, ya que no sólo las enfermedades y los negocios alejan a las personas de la política, sino que la divergencia de opiniones y la pugna de intereses aparecen en cuanto unos pocos hombres se reúnen[4]. El consentimiento de la mayoría, pues, habría que considerarlo equivalente al consentimiento unánime.

Se trata aquí de un consentimiento que no es prestado por cada uno de los individuos, sino por un conjunto más o menos amplio de personas, y en general no se presta a cada una de las leyes del Estado sino más bien a una ley fundamental que establece el procedimiento de la mayoría para dictar leyes. Ello implicaría —se aduce— también el consentimiento de las leyes que por ese procedimiento se establezcan.

Pero esta forma de considerar el consentimiento genera desde el comienzo numerosos interrogantes: ¿es posible que una minoría disidente tenga la obligación moral de obedecer las leyes impuestas por la mayoría aun en contra de su voluntad?, ¿es suficiente el factor numérico (mayoría de votos, por ejemplo) para originar una obligación moral?, ¿no habría una contradicción entre el supuesto de la teoría del consentimiento en general —la única forma de obligarse es mediante actos voluntarios y conscientes— y la afirmación de que lo decidido por unos (la mayoría) afecta a los demás (la minoría)?

Los problemas de esta versión del consentimiento motivaron que se hayan ofrecido diversas soluciones. Tal vez la más importante consiste en identificar el consentimiento con la participación política en un sis-

4. Cf. J . Locke, *o. c.*, 74.

tema democrático de toma de decisiones. Pero como me he ocupado de mostrar en otro lugar, se puede participar en política precisamente para no consentir determinadas decisiones[5]. No parece claro, pues, que desde un punto de vista conceptual sea fácilmente aceptable la identificación entre consentir y participar en un proceso democrático de toma de decisiones.

Dados los inconvenientes que presentan las teorías que intentan fundamentar una obligación de obedecer al derecho, se hace necesario indagar acerca de la posibilidad de encontrar una razón que sustente la idea de la obediencia al derecho no ya en determinados actos históricos de los individuos, sino en determinados criterios materiales. En virtud de ello, la explicación de por qué existe un requerimiento moral para obedecer al derecho se expresará en términos de «deber», en lugar de «obligación».

III. EL DEBER DE OBEDECER AL DERECHO

1. *Teorías teleológicas*

i) El utilitarismo

Ésta es una corriente de gran predicamento en el ámbito anglosajón, pero que en la actualidad, salvo notables excepciones, consta de escasos seguidores en hispanoámerica[6]. El utilitarismo sostiene que las acciones no son buenas o malas en sí mismas, sino que lo son en relación con sus consecuencias. A diferencia de las corrientes voluntaristas, no trata de encontrar el fundamento de la obediencia al derecho observando las acciones pasadas de los hombres para saber si se comprometieron o no a obedecerlo, sino que mira hacia el futuro. Trata de explicar el deber de obediencia en términos de los medios que sirven para alcanzar algún objetivo, fin o propósito. En realidad, el utilitarismo podría ser caracterizado por cuatro elementos básicos:

1. Un componente que apela a las consecuencias, de acuerdo al cual la bondad o maldad de una acción se vincula a la producción de buenas consecuencias.

5. Cf. J. F. Malem Seña, *o. c.* , esp. cap. 5; también P. Singer, *Democracia y Desobediencia,* Ariel, Barcelona, 1986.

6. Para negar esta afirmación puede señalarse el hecho de la constitución de la Sociedad Iberoamericana de Estudios Utilitaristas —S.I. E. U.— con sede en Santiago de Compostela, España. Esta institución cuenta con su propia publicación de estudios utilitaristas, la revista *Telos.* Su número 1 data de 1992. También hay que señalar que en el siglo XIX la influencia de las doctrinas utilitaristas en España y América Latina fue notable. Vale como muestra la recepción del pensamiento de J. Bentham, tanto en España como en Iberoamérica. Cf. J. J. Moreso, *La teoría del derecho de Bentham,* PPU, Barcelona, 1992.

2. Un componente valorativo, de acuerdo con el cual la bondad o maldad de determinadas consecuencias tiene que ser evaluada como medio para alcanzar cierto estado de cosas.

3. Un componente que haga referencia al alcance de las consecuencias para el agente, para todos los seres humanos o para todos los seres vivos.

4. Un principio de utilidad, según el cual se debe buscar maximizar ese estado de cosas definido en 2[7]. Ahora bien, hay una gran variedad de versiones utilitaristas, aunque quizás las dos más importantes sean la del utilitarismo del acto y la del utilitarismo de la regla.

Según el utilitarismo del acto, es deber del agente realizar aquella acción que ha de maximizar verosímilmente la felicidad o el bienestar de la persona o de los seres humanos en su conjunto. Se tiene que valorar cada acción en particular, tomando en consideración las consecuencias de los actos individuales en cada una de las ocasiones concretas en que se producen. El utilitarismo de la regla, por otra parte, sostiene que se ha de juzgar la bondad o maldad de una acción de acuerdo a la bondad o maldad de las consecuencias que surgen de la adopción o aplicación de una regla. Los individuos deben guiar sus acciones decidiendo qué reglas implican buenas razones para actuar, asignándole poca importancia a las consecuencias que esa acción tuviera en ocasiones particulares.

Desde el punto de vista del utilitarismo del acto, decir que una conducta reglada jurídicamente es debida significa que su realización tiene mejores consecuencias que su no realización. Pero el cálculo de consecuencias propuesto por el utilitarismo no puede establecer un deber general de obediencia, ya que habría que analizar caso por caso, y en alguno de ellos estaría justificada la desobediencia a la ley si sus consecuencias fueran mejores que las de su obediencia. El utilitarismo del acto, pues, permite legitimar tanto la obediencia como la desobediencia al derecho, pero siempre respecto de una situación específica, no genérica.

Lo mismo sucede con el utilitarismo de la regla. Según esta versión, habría un deber general de obedecer al derecho si la aceptación de la regla «Debes obedecer al derecho» tuviera mejores consecuencias que la ausencia de tal regla, o que la aceptación de otras reglas tales como «Debes obedecer al derecho cuando sea justo» o «Debes obedecer al derecho cuando esta obediencia resulte óptima»[8]. Se suele argumentar que si las personas no aceptan esta regla habría una serie de violaciones al derecho con el consiguiente caos y estado de anarquía generalizado.

7. Cf. J. Horton, *Political Obligation,* Humanities Press International, Hong Kong, 1992, 151 ss, esp. 154.

8. Cf. M. B. E. Smith, «¿Hay una obligación de *prima facie* de obedecer al derecho?», F. Laporta (trad.), en J. Betegón y J. R. de Páramo (coords.), *Derecho y Moral. Ensayos analíticos,* Ariel, Barcelona, 1990, 183-203.

Pero la plausabilidad de esta formulación resulta engañosa. En primer lugar, porque las normas primarias establecen sanciones para quienes la desobedecen y las personas, por razones prudenciales, suelen acatar el derecho al margen de si existe una regla que imponga un deber moral de obedecerla. En segundo lugar, porque puede haber ciertas reglas morales, tales como las que prohíben matar o robar, que hagan que las personas se comporten del modo prescripto por el derecho al margen de la existencia de la regla «Debes obedecer al derecho»[9]. Finalmente, la aplicación de esta regla a un caso concreto podría producir más inconvenientes que ventajas, y aplicarla en esa hipótesis, significaría una actitud de respeto irracional ante las reglas que afectaría la propia base utilitarista. Por esas razones, como en el caso del utilitarismo del acto, el utilitarismo de la regla tampoco puede fundamentar un deber general de obediencia al derecho. El utilitarismo, pues, en cualquiera de sus dos principales variantes no puede legitimar un deber general de obedecer al derecho.

2. *Teorías deontológicas*

i) La teoría del Derecho Natural.

Las teorías de Derecho Natural se han manifestado bajo formas y contenidos diferentes. En un trabajo ya clásico, Bobbio[10], para quien el iusnaturalismo es una corriente dualista que admite la distinción entre Derecho Natural y derecho positivo afirmando la supremacía del primero sobre el segundo, ha advertido que existen tres doctrinas del Derecho Natural: la escolástica, la racionalista moderna y la hobbesiana. Según el primer tipo, el Derecho Natural sería un conjunto de primeros principios morales muy generales que sirven de inspiración al legislador para la promulgación del derecho positivo. Este Derecho Natural tendría como destinatarios a los legisladores, y los súbditos deberían obedecer las leyes por ellos sancionadas, incluso en aquellos casos donde dictaran leyes injustas —dentro de un cierto grado—, si éstas están legítimamente promulgadas desde un punto de vista procesal y su desobediencia hubiera de crear mayores males que su obediencia. Según el segundo tipo, el Derecho Natural sería un conjunto de *dictamina rectae rationis* que proporciona el contenido de las leyes. El derecho positivo únicamente sería, en este caso, la forma política de imponer ese contenido. Los destinatarios de estas normas de Derecho Natural serían los legisladores y los súbditos, que tendrían un deber de obediencia hacia ellas. Según el tercer tipo, el Derecho Natural constituye el fundamento de todo sistema jurídico positivo. Su función sería la de legitimar al legislador humano prescribiendo que los súbditos deben

9. *Ibid.*
10. Cf. N. Bobbio, *El problema del positivismo jurídico*, E. Garzón Valdés (trad.), Fontamara, México, 1991, 68 ss.

obedecer aquello que ordena el soberano. Por esa razón, los destinatarios de esas normas de Derecho Natural son los súbditos.

Es posible encontrar, sostiene José Delgado Pinto, un ideario común a estas distintas manifestaciones de las doctrinas de Derecho Natural. Ideario que podría ser reconstruido de la siguiente manera: primero, existen ciertos principios o reglas relativos a la ordenación justa de la vida en sociedad que son universales e inmutables, y cuyo conocimiento sólo es posible mediante el uso de la razón. Segundo, tales reglas y principios son insuficientes para mantener la sociedad organizada, por lo que es imprescindible la presencia de una autoridad política cuya doble función sería: *a*) establecer una serie de normas positivas que recojan y desarrollen aquellas reglas y principios y que regulen cuestiones técnicas que no pueden ser deducidas de las mismas, y *b*) hacer cumplir, mediante el uso de la fuerza, si es necesario, las normas positivas así dictadas. Tercero, los preceptos de la autoridad positiva sólo son obligatorios si representan el desarrollo de los principios materiales de justicia o, al menos, no los contradicen[11].

En este sentido, el Derecho Natural ha cumplido, entre otras funciones, la de legitimar determinados ordenamientos jurídicos positivos cuando el contenido material de estos últimos representan el desarrollo de los principios básicos de Derecho Natural. No es de extrañar, pues, que reclame para los respectivos súbditos deberes de obediencia.

Pero no se ha de concluir —por una parte— que esos requerimientos de obediencia son absolutos para todos los casos, ni —por otra— que todas las leyes injustas hayan de ser desobedecidas siempre. En efecto, según las distintas doctrinas de Derecho Natural, existen diversos grados de exigibilidad para que las conductas se adecuen a derecho. Un buen ejemplo de ello lo constituye la posición sustentada por Tomás de Aquino. Según este autor, las normas estatales que violan las leyes naturales no obligan en conciencia y no deben ser obedecidas, salvo que su desobediencia produzca grave escándalo o perturbación. Introduce de este modo elementos consecuencialistas en su razonamiento que no sólo estaban ausentes en los fundamentos originales de las tesis de la obediencia al derecho, sino que, además, nos son compatibles con ellas. Únicamente en el caso de que el derecho positivo contradijere la ley divina, la prohibición de obediencia será absoluta.

Ahora bien, son innumerables las críticas que se han dirigido contra las distintas doctrinas del Derecho Natural, y contra sus diversas tesis de la obediencia al derecho en particular. Se han formulado desde críticas de carácter historicista, en el sentido de que el Derecho Natural ha sido presentado de muy diversas formas y en contenido distintos, hasta críticas de que viola el abismo lógico ante el ser y el deber ser o de que

11. Cf. J. Delgado Pinto, *De nuevo sobre el Derecho Natural,* Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982.

sólo sirve para apuntalar ideológicamente ciertos regímenes políticos. Según A. Ross, una vez que se hubo deducido un sistema jurídico completo sobre la base iusnaturalista, se pasó de una idea razonable de que el derecho positivo estaba sometido a ciertos principios morales que le concedían su fuerza moral obligatoria, a otra idea no razonable de admitir una duplicidad de sistemas jurídicos en la sociedad. Pero, además, como las distintas doctrinas iusnaturalistas presentan al Derecho Natural con contenidos muy diferentes y con grados de exigibilidad de esos contenidos muy distintos, «a semejanza de una cortesana está a disposición de cualquiera. No hay ideología que no pueda ser defendida recurriendo a la ley natural»[12].

ii) La teoría del juego limpio —*fair play*—.

A menudo se ha sostenido que si una persona se beneficia de un esquema cooperativo debe asumir, simultáneamente, las cargas que ese esquema comporta. Tal es la posición, por ejemplo, de Hart y de Rawls[13].

La idea central que está en la base de la tesis de Rawls, sustentada en la idea de reciprocidad y en el principio de imparcialidad, es que si varios individuos se comprometen voluntariamente en una empresa cooperativa que es ventajosa para todos, simultáneamente limitan su libertad en la medida en que sea necesario para la consecución de los fines perseguidos. Por esta razón, tienen derecho a exigir un comportamiento igual de todos aquellos que participan en dicha empresa. Este esquema, por cierto, no debe ser injusto, o, al menos, no debe exceder los límites de cierta injusticia tolerable, ya que, en caso contrario, no generaría requerimiento moral alguno[14].

Pese a lo atractivo de la propuesta rawlsiana, se le han formulado diversas críticas. Algunas, de orden analítico. No está claro cuál es el

12. Cf. A. Ross, *Sobre el derecho y la justicia,* G. Carrió (trad.), Eudeba, Buenos Aires, 1974, 254.

13. Esta teoría fue formulada por primera vez por Hart, aunque fuera Rawls quien la desarrollara. Según Hart, que deseaba apartarse de consideraciones consecuentalistas, «cuando un número de personas lleva a cabo una empresa en común de acuerdo con reglas, restringiendo así su libertad, quienes se han sometido a estas restricciones cuando ha sido menester, tienen derecho a un sometimiento similar de parte de quienes se han beneficiado con aquel sometimiento. Las reglas pueden establecer que los funcionarios tengan autoridad para imponer obediencia y para sancionar reglas adicionales, y esto creará una estructura de derechos y deberes jurídicos, pero la obligación moral de obedecer las reglas en tales circunstancias es debida a los miembros que cooperan en la sociedad y éstos tienen el correlativo derecho moral a la obediencia. En situaciones sociales de este tipo (del que la sociedad política es el ejemplo más complejo) la obligación de obedecer las reglas es algo distinto de cualesquiera otras razones morales que pueda haber para la obediencia en términos de buenos resultados; la obligación es debida a los miembros de la sociedad como tales y no porque sean seres humanos a quienes sería injusto infligir sufrimientos» (H. Hart, *o. c.*, 81-82). Existen diferencias de detalle entre las posiciones de Hart y la de Rawls. No obstante, en el texto principal se prestará atención únicamente a las tesis rawlsianas en razón de la brevedad.

14. Cf. J. Rawls, «Legal Obligation and the Duty of Fair Play», en S. Hook (ed.), *Law and Philosopy,* New York, 1964, 9-10.

concepto de «beneficio» que utiliza. Otras, en cambio, se dirigen más bien al escaso valor representativo del modelo, en el sentido de que no constituye un criterio válido para fundamentar un deber general de obedecer al derecho. De hecho, el propio Rawls reconoce que «no existe, estrictamente hablando, una obligación política para los ciudadanos en general»[15]. Por otra parte, tampoco está claro que los individuos acepten voluntariamente los beneficios que les ofrece —cuando les ofrece— el Estado. Además, una persona o institución no puede beneficiar a alguien que no haya solicitado tal beneficio y después reclamarle pago o contraprestación por ello. Por todas estas razones, la teoría del juego limpio no puede legitimar un deber general de obedecer al derecho.

iii) La teoría de apoyar las instituciones justas.

En su *Teoría de la Justicia,* Rawls sostiene que tenemos un deber natural de apoyar y fomentar las instituciones justas. Este deber implicaría dos tipos de demandas morales: obedecer a las instituciones justas cuando existan y se nos apliquen; y favorecer el establecimiento de acuerdos justos cuando éstos no existan[16]. Este deber natural fundamentaría los requerimientos para obedecer al derecho justo o *cuasi*-justo.

Esta posición de Rawls ha sido objeto de numerosas objeciones. Algunas de ellas se dirigen hacia la primera parte del deber natural bajo la fórmula «y se nos apliquen». En el pensamiento rawlsiano, hay instituciones que se nos aplican inevitablemente a todos, como el derecho; mientras que otras se aplican tan sólo a personas determinadas o determinables, como sucede en el caso de los contratos y de las promesas. Según Simmons, «y se nos apliquen», en su primer sentido, se basaría en un mero criterio territorial. El haber nacido en un Estado hace que «se nos apliquen» sus leyes, pero esto resulta demasiado débil para justificar un requerimiento moral de obediencia a sus leyes. Si, en cambio, el acceso a la institución es voluntario, se generaría una obligación de obediencia hacia sus reglas, pero esto acercaría el deber natural rawlsiano a la teoría del consentimiento, o bien a la teoría del juego limpio, haciéndose acreedor a las objeciones ya mencionadas en los apartados anteriores[17].

IV. OBEDIENCIA AL DERECHO, RAZONES PARA LA ACCIÓN Y MORALIDAD

Cualquier teoría que se plantee el problema de la obediencia al derecho se enfrenta, desde el comienzo, con un problema. Existe una serie de

15. Cf. J. Rawls, *Teoría de la justicia,* M. D. González (trad.), Fondo de Cultura Económica, México, 1978, 137.
16. Cf. *Ibid.*, 374.
17. Cf. J. Simmons, *o. c.,* esp. cap. VI.

acciones que usualmente las personas no realizan, independientemente de si el derecho las prohíbe; en general no se mata, no se viola o no se incumplen los acuerdos sociales, y no por el temor —no exclusivamente— a una sanción estatal, como podría pensarse, sino por razones morales. En efecto, si existe una norma moral o un mandato de la conciencia que señala cuál es la conducta éticamente debida, el hecho de su prescripción jurídica positiva resulta irrelevante, como una razón independiente en favor de ese comportamiento. Esto ha llevado a algunos autores como Joseph Raz a rechazar la existencia de una obligación de obedecer al derecho, ni siquiera *prima facie,* y ni siquiera en una sociedad dotada de un sistema jurídico justo[18].

En realidad, una de las tesis que subyace en esta posición es que la autonomía moral no puede rendirse a ningún imperativo jurídico. Las únicas obligaciones morales de un individuo son las que asume voluntariamente. Y si se aceptara la existencia de una obligación o de un deber general de obedecer al derecho, se debería aceptar la existencia de una obligación o de un deber de obedecer un mandato que no es formulado por el sujeto normativo, sino que supone satisfacer los deseos y la voluntad de otros sujetos: los legisladores. Y esto resultaría éticamente inaceptable.

Nino también ha señalado un argumento similar para mostrar la imposibilidad de que el derecho constituya una razón independiente para realizar una acción. Su tesis tiene como punto de partida un razonamiento acerca de la cadena de validez que es familiar: un juez puede dictar una sentencia basada en una determinada norma del sistema jurídico; esa sentencia será válida en la medida en que también lo sean los actos de creación de esa norma de orden superior, la cual a su vez será válida en la medida en que también lo sean los actos que la originaron, la cual a su vez..., y así hasta llegar a la primera constitución. Pero la validez de esta constitución no puede descansar en los actos que la originaron, ya que los hechos nunca pueden servir de fundamento a normas, y quien así lo sostuviera cometería una falacia naturalista, al pretender inferir enunciados normativos a partir de enunciados acerca de los hechos. Por esa razón, dice Nino, los actos del constituyente no pueden servir para fundamentar las normas constitucionales, y tampoco, por cierto, para generar un deber de que se le obedezca.

Es necesario aceptar, según Nino, una norma que prescriba que se debe obedecer a cierta autoridad en virtud de sus propios méritos. Esa norma no puede ser jurídica, sino moral. Ello quiere decir que para saber si una norma dictada por una autoridad sirve para justificar acciones, ha de mostrarse que deriva de una que es moral. La idea que se extrae de este proceso es que los principios morales ya contienen todo lo

18. Cf. J. Raz, *La autoridad del derecho,* R. Tamayo (trad.), UNAM, México, 1986, esp. cap. XII.

que una constitución puede contener y que, por consiguiente, nada agrega a los principios justificatorios. De manera tal que si la constitución no recepta esos principios justificatorios no es legítima, y no podrá ser utilizada en el discurso práctico. Pero si reconoce tales principios, entonces es redundante, ya que apela a los mismos principios morales que están ínsitos en el razonamiento práctico y es, por lo tanto, superflua[19].

El derecho sería superfluo en la medida en que si prescribe acciones éticamente debidas, el ciudadano las realizará no por razones jurídicas, sino morales. Si, por el contrario, el derecho establece la ejecución de acciones inmorales, el ciudadano deberá desobedecerlo, ya que el orden jurídico no ofrece razones independientes moralmente justificantes. Llegados a este punto, se podría concluir con la frase de Felipe González Vicén que reza: «Mientras no hay un fundamento ético para la obediencia al derecho, sí hay un fundamento ético absoluto para su desobediencia»[20].

Sin embargo, creo que tanto la tesis de la superfluidad del derecho como la tesis anarquista que surge del valor de la autonomía de la conciencia, puede ser matizada en un caso y rechazada en el otro, al menos en sus formulaciones aquí presentadas. La primera porque, en más de una ocasión, la existencia de normas jurídicas constituye un elemento necesario para que pueda ser posible la vigencia de principios morales, verbigracia, porque hacen posible la coordinación de conductas. En efecto, cierto tipo de coordinación sólo puede llevarse a cabo a través del derecho. Las reglas que regulan el tráfico son un buen ejemplo de ello. Sólo al obedecer la norma que impone que se ha de circular a una velocidad máxima de 100 Km/hora por el carril izquierdo, supongamos, estamos haciendo posible la coordinación del tráfico rodado. Desobedecer este tipo de normas implicaría la anarquía en el tráfico, con

19. Cf. C. Nino, *La validez del derecho,* Astrea, Buenos Aires, 1985; Id., *Fundamentos de derecho constitucional,* Astrea, Buenos Aires, 1993; e Id., *Derecho, Moral y Política,* Ariel, Barcelona, 1994. La noción de validez es equívoca y ha generado no pocas discusiones verbales. Uno de sus sentidos hace referencia a la «firmeza obligatoria de las normas». Una norma válida implica, en ese sentido, que ha de ser obedecida. Éste es el sentido asignado por Nino y es el que se utiliza en estos párrafos. En contra de algunos aspectos de la interpretación de Nino respecto a esta cuestión, cf. E. Bulygin, «Validez y positivismo», en C. Alchourrón y E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, 499-519.

20. Cf. F. González Vicén, «La obediencia al derecho», en Id., *Estudios de Filosofía del derecho,* Universidad de la Laguna, Tenerife, 1979, 373. Este trabajo dio lugar a una larga, interesante e inacabada polémica en la que participaron entre otros: M. Atienza, «La filosofía del derecho en Felipe González Vicén», en E. Bulygin *et al.*, *El lenguaje del derecho,* Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, 43-70; E. Díaz, *De la maldad estatal y la soberanía popular,* Debate, Madrid, 1984; Id., «La justificación de la democracia»: *Sistema* 66 (1985) 3-24; J. Muguerza, «La obediencia al derecho y el imperativo de la disidencia»: *Sistema* 70 (1986) 27-40; E. Fernández, *La obediencia al derecho,* Civitas, 1987, Madrid; F. González Vicén, «La obediencia al derecho. Una anticrítica»: *Sistema* 85 (1985); Id., «Obediencia y desobediencia al derecho. Unas últimas reflexiones»: *Sistema* 88 (1989) 105-110.

el consiguiente peligro de accidentes y de provocar daños a terceros. Que se conduzca a determinada velocidad y por determinado carril no son en sí mismos datos éticamente relevantes, es el derecho el que los convierte en relevantes por las razones expuestas. Eso mostraría que, al menos, hay cierto tipo de normas jurídicas que no son superfluas. La segunda, porque sostiene que los individuos pueden vincularse únicamente a través de actos voluntarios, mediante los cuales una acción que originariamente era neutral desde un punto de vista moral, se transforma en obligatoria. Según esta tesis, la conciencia individual sería no sólo el único legislador moral, sino que su competencia sería ilimitada. Pero ésta es una manera equivocada de considerar la cuestión. Las personas morales están vinculadas también por deberes morales que no son el resultado de actos voluntarios; piénsese, por ejemplo, en el deber del hijo de cuidar a su padre enfermo. Él no accedió a la «posición de hijo» de forma consciente o voluntaria, y no obstante ello, al menos parte de sus acciones respecto de su padre están deónticamente determinadas desde un punto de vista moral. Por otra parte, la conciencia individual está también sujeta a límites. Como ha señalado E. Garzón Valdés, sus directivas tendrán que satisfacer postulados de universalidad y aceptabilidad por parte de un observador racional a fin de que puedan ser calificados de morales. Además, de la afirmación de que cada persona sea su propio legislador moral no se infiere la corrección ética de sus juicios, por la simple razón que de una frase cognitiva no es posible inferir ningún imperativo[21].

Ahora bien, todas las teorías que hasta aquí fueron examinados tienen una pretensión de singularidad, es decir, reclaman para sí mismas ser las únicas que, con absoluta exclusión de las otras, fundamentan la obligación o el deber de obedecer al derecho. Y aun si se aceptara que el derecho constituye una razón independiente para realizar una acción y se admitieran como alternativas exhaustivas las teorías mencionadas, pareciera que no hay forma posible de justificar un requerimiento moral general en favor de la obediencia al derecho.

El problema es, sin embargo, más complejo. Y el camino que conduce a justificar ciertos requerimientos para realizar las conductas reguladas por el derecho podría comenzar a desbrozarse, en parte, si en vez de considerar el derecho como un todo homogéneo, lo analizáramos distinguiendo algunas de sus normas. A la pregunta sobre si tenemos un

21. Cf. E. Garzón Valdés, «Moral y política», en Id., *Derecho, Ética y Política*, Centro de Estudios constitucionales, Madrid, 1993, 541 ss. Eusebio Fernández rechaza incluso el modo como la tesis de la anarquía basada en la autonomía plantea el problema. Según sus propias palabras, «en las ocasiones en que los mandatos jurídicos coincidan con los imperativos éticos de la conciencia individual, aunque la obligación ética parezca ser menos obvia • directa, no por ello podemos prescindir de argumentar que al menos en esos casos existiría una obligación ética de obedecer a esas normas jurídicas. En estos casos de coincidencia se habría roto esa barrera entre la autonomía de la moral y la heteronomía del derecho» (E. Fernández, *o. c.*, 96).

deber o una obligación de obedecer al derecho no cabría responder de una manera simple, tratando a todas las normas que lo forman por igual o aduciendo una única teoría supuestamente legitimadora.

Bayón, por ejemplo, propone diferentes niveles de respuestas, según sea el caso. Primero, a veces hay razones morales para realizar determinadas acciones, que constituyen el contenido de una norma jurídica. No matar, por ejemplo. Habría aquí razones para hacer lo que el derecho exige, pero no un deber de obedecer al derecho, ya que «las exigencias del derecho simplemente coinciden a veces con las razones morales para actuar que independientemente tiene un individuo»[22]. En este caso, el derecho resulta superfluo por redundante.

Segundo, a veces existen razones independientes del contenido de las normas para hacer aquello que el derecho ordena. «Esto quiere decir que el derecho ha contribuido causalmente a la generación de ciertas circunstancias en la que hacer lo que una norma jurídica exige resulta ser —y *caeteris paribus* no lo sería de no darse esas circunstancias— una forma de hacer algo que se considera valioso en sí mismo»[23]. Normas que sirven para la coordinación social ilustrarían este tipo de casos. Aquí sí cabría hablar de un deber de obedecer al derecho, y las teorías del juego limpio y, desde luego, consideraciones consecuencialistas, podrían avalar los requerimiento de obediencia.

Por paradójico que pudiera parecer, entonces, no es posible predicar ninguna obligación o deber moral de obediencia al derecho respecto de aquellas normas jurídicas que por su contenido son justas, ya que la exigencia de realizar esas acciones viene impuesta por la propia moral, independientemente de su regulación jurídica. Sí, en cambio, puede existir una obligación moral de obedecer ciertas leyes o parcelas del derecho; es el caso de quien contrata con el Estado, o accede voluntariamente a un cargo público y se compromete a respetar las reglas inherentes a dicho cargo[24]; o un deber de obedecer ciertas normas jurídicas en virtud del principio de juego limpio o de consideraciones consecuencialistas. Pero no se trataría aquí de una obligación o de un deber general, ni respecto de todas las normas jurídicas, ni respecto de todos los destinatarios.

22. J. C. Bayón, *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, 692; también cf. esp. 691 ss. En su excelente libro, Bayón sugiere observar, siguiendo a Stoker, cierta cautela verbal al formular este tipo de respuesta.

23. *Ibid.*, 694.

24. Asumir el compromiso de desempeñar el cargo de juez, por ejemplo, implica aceptar todos los deberes que son consustanciales al mismo. Por esa razón, se suele hablar aquí también en términos de un «deber institucional» del juez de obedecer al derecho.

ÍNDICE ANALÍTICO

ÍNDICE DE NOMBRES

NOTA BIOGRÁFICA DE AUTORES*

Aguiló Reglá, Josep. Universidad de Alicante. Autor de *Sobre la Derogación. Ensayos de Dinámica Jurídica* (México, 1995).

Alchourrón, Carlos E. (^). Fue profesor de la Universidad de Buenos Aires. Autor, con Eugenio Bulygin, de *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales* (Buenos Aires, 1974; versión original, *Normative Systems*, Wien, 1970) y *Análisis Lógico y Derecho* (Madrid, 1991).

Atienza, Manuel. Universidad de Alicante. Entre sus obras figuran *Las Razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica* (Madrid, 1991) y, con Juan Ruiz Manero, *Las Piezas del Derecho* (Barcelona, 1996). Es director de la revista *Doxa*.

Barragán, Julia. Universidad Central de Venezuela. Autora de *Hipótesis Metodológicas* (Caracas, 1983) e *Informática y Decisión Jurídica* (México, 1993).

Bayón, Juan Carlos. Universidad Autónoma de Madrid. Autor de *La Normatividad del Derecho. Deber Jurídico y Razones para la Acción* (Madrid, 1991).

Betegón, Jerónimo. Universidad de Castilla-La Mancha (Toledo). Autor de *La Justificación del Castigo* (Madrid, 1992).

Bulygin, Eugenio. Universidad de Buenos Aires. Autor, con Carlos Alchourrón, de *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales* (Buenos Aires, 1974; versión original, *Normative Systems*, Wien, 1971) y *Análisis Lógico y Derecho* (Madrid, 1991).

* En esta nota bibliográfica no se mencionan todas las obras de los colaboradores, sino sólo aquellas que hacen una referencia más directa al tema objeto de su colaboración a la Enciclopedia.

Calsamiglia, Albert. Universidad Pompeu i Fabra (Barcelona). Autor de *Introducción a la Ciencia Jurídica* (Barcelona, 1986) y *Racionalidad y Eficiencia del Derecho* (México, 1992).

Caracciolo, Ricardo. Universidad de Córdoba (Argentina). Autor de *El Sistema Jurídico. Problemas Actuales* (Madrid, 1988) y *La Noción de Sistema en la Teoría del Derecho* (México, 1994).

Delgado Pinto, José. Universidad de Salamanca. Autor de *De nuevo sobre el problema del Derecho Natural* (Salamanca, 1982).

Fernández, Eusebio. Universidad Carlos III (Madrid). Autor de *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos* (Madrid, 1984) y *La Obediencia al Derecho* (Madrid, 1987).

Garzón Valdés, Ernesto. Universidad de Mainz (Alemania). Autor de *Derecho, Ética y Política* (Madrid, 1993).

Guibourg, Ricardo. Universidad de Buenos Aires. Autor de *Derecho, Sistema y Realidad* (Buenos Aires, 1986) y *El Fenómeno Normativo* (Buenos Aires, 1987).

Hernández Marín, Rafael. Universidad de Murcia. Autor de *Teoría General del Derecho y de la Ciencia Jurídica* (Barcelona, 1989) y *El Derecho como Dogma* (Madrid, 1984).

Hierro, Liborio. Universidad Autónoma de Madrid. Autor de *El Realismo Jurídico Escandinavo. Una teoría empirista del Derecho* (Valencia, 1981).

Laporta, Francisco. Universidad Autónoma de Madrid. Autor de *Entre el Derecho y la Moral* (México, 1993).

López Calera, Nicolás. Universidad de Granada. Autor de *Filosofía del Derecho* (Granada, 1992) y *Yo, el Estado* (Madrid, 1992).

Lucas, Javier de. Universidad de Valencia. Autor de *El Concepto de Solidaridad* (México, 1993) y *El Desafío de las Fronteras. Derechos Humanos y Xenofobia en una Sociedad Plural* (Madrid, 1994).

Malem Seña, Jorge. Universidad Pompeu i Fabra (Barcelona). Autor de *Concepto y Justificación de la Desobediencia Civil* (Barcelona, 1988).

Mendonca, Daniel. Universidad Católica de Nuestra Señora de la Asunción (Paraguay). Autor de *Introducción al Análisis Normativo* (Madrid, 1992) y *Exploraciones Normativas* (México, 1995).

Moreso, José Juan. Universidad de Gerona. Autor de *La Teoría del Derecho de Bentham* (Barcelona, 1992) y, con Pablo E. Navarro, *Orden Jurídico y Sistema Jurídico* (Madrid, 1993).

Navarro, Pablo E. Universidad Pompeu Fabra (Barcelona). Autor de *La Eficacia del Derecho* (Madrid, 1990) y, con José Juan Moreso, *Orden Jurídico y Sistema Jurídico* (Madrid, 1993).

Nino, Carlos S. (^). Fue profesor de la Universidad de Buenos Aires y de la Universidad de Yale. Autor de *Ética y Derechos Humanos* (Barcelona, 1989) y *Derecho, Moral, Política. Una revisión de la teoría general del derecho* (Barcelona, 1994).

Páramo, Juan Ramón. Universidad de Castilla-La Mancha (Albacete). Autor de *H. L. A. Hart y la Teoría Analítica del Derecho* (Madrid, 1984) y *Tolerancia y Liberalismo* (Madrid, 1993).

Pérez Luño, Antonio Enrique. Universidad de Sevilla. Autor de *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución* (Madrid, 1984) y *La Seguridad Jurídica* (Barcelona, 1991).

Pérez Lledó, Juan A.. Universidad de Alicante. Autor de *El Movimiento «Critical Legal Studies»* (Madrid, 1996).

Pérez Perdomo, Rogelio. Instituto Superior de Estudios de Administración (Caracas). Autor de *Los Abogados en Venezuela* (Caracas, 1981).

Pincione, Guido. Universidad di Tella (Buenos Aires). Autor de numerosos artículos en revistas argentinas y europeas.

Prieto, Luis. Universidad de Castilla-La Mancha (Toledo). Autor de *Estudios Sobre Derechos Fundamentales* (Madrid, 1990) y *Sobre Principios y Normas* (Madrid, 1992).

Ruiz Manero, Juan. Universidad de Alicante. Autor de *Jurisdicción y Normas* (Madrid, 1990) y con Manuel Atienza, *Las Piezas del Derecho* (Barcelona, 1996).

Saavedra, Modesto. Universidad de Granada. Autor de *Interpretación del Derecho e Ideología* (Granada, 1978) y *Interpretación del Derecho y Crítica Jurídica* (México, 1994).

Schmill, Ulises O. Universidad Nacional Autónoma de México. Autor de *La Conducta del Jabalí. Dos ensayos sobre el poder: Kafka y Shakespeare* (México, 1983) y *Lógica y Derecho* (México, 1993).

Spector, Horacio. Universidad Di Tella (Buenos Aires). Autor de *Autonomy and Rights. The Moral Foundations of Liberalism* (Oxford, 1992).

Squella, Agustín. Universidad de Valparaíso. Autor de *Estudios Sobre Derechos Humanos* (Valparaíso, 1991) y *Positivismo Jurídico, Democracia y Derechos Humanos* (México, 1995). Dirige la *Revista de Ciencias Sociales* de la Universidad de Valparaíso.

Tamayo y Salmorán, Rolando. Universidad Nacional Autónoma de México. Autor de *Elementos para una Teoría General del Derecho* (México, 1992).

Vernengo, Roberto J. Universidad de Buenos Aires. Autor de *Curso de Teoría General del Derecho* (Buenos Aires, 1985) y *La Interpretación Jurídica* (México, 1993).

Zuleta, Hugo. Universidad de Buenos Aires. Autor de *Razón y Elección* (México, 1996) y *Filosofía del Derecho y Política* (Buenos Aires, en prensa).